



Miguel Vieira Ramos

**Psicologia e Direito do Consumo: a Protecção do
Consumidor face aos Efeitos das Modernas Práticas
Comerciais**

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito,

Orientador: Professor Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor da
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Março, 2018

Universidade Nova de Lisboa
Faculdade de Direito

Miguel Vieira Ramos

**Psicologia e Direito do Consumo: a Protecção do
Consumidor face aos Efeitos das Modernas Práticas
Comerciais**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob Orientação do Senhor Professor Doutor Jorge Morais Carvalho.

Lisboa, Março de 2018

Declaração de compromisso anti-plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Agradecimentos

Em primeiro lugar gostaria de expressar o meu profundo reconhecimento ao Senhor Professor Jorge Morais Carvalho, cujo contributo foi essencial para a realização deste trabalho. Agradeço, em especial, o enorme estímulo e motivação desde o primeiro momento, a presença e disponibilidade constantes para o esclarecimento de dúvidas, as preciosas sugestões e críticas e, em especial, todo o seu apoio e simpatia.

Gostaria também de endereçar uma palavra de agradecimento à Senhora Dra. Patrícia Filipe Luz, à Senhora Dra. Catarina Rosário, ao Senhor João Cabral, ao Senhor Carlos Artur, bem como a toda a equipa da Biblioteca Municipal de Albufeira pela simpatia, disponibilidade e profissionalismo em todas as informações, sugestões e ajudas que me prestaram.

Um agradecimento muito especial a todos os meus amigos, cuja presença e apoio constantes foram imprescindíveis para a realização deste trabalho, em especial ao João Pedro Homem e ao Pedro Sousa, por todas as sugestões, correcções e críticas que fizeram ao texto.

Expresso também uma palavra de enorme apreço pelo Senhor Cónego Carlos César Chantre por todos os conselhos, apoio e amizade.

Por fim, o meu profundo agradecimento a toda a minha família, em especial à minha mãe e à minha avó, pelos princípios que sempre me transmitiram, e pela amizade e apoio incessantes.

Breves notas

Modo de citar: Nesta dissertação, as referências bibliográficas serão identificadas de modo reduzido, de acordo com a seguinte regra: nome abreviado do(s) autor(es) (caso o texto seja da autoria de mais de quatro autores, é referido apenas o nome do primeiro autor, sendo os restantes substituídos pela expressão *et al*), título abreviado, ano da edição consultada e páginas a referenciar.

As referências bibliográficas completas constam da Bibliografia.

Acordo Ortográfico: Esta dissertação não foi redigida ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico.

Número de caracteres: Na redacção do corpo da presente dissertação, incluindo notas e espaços, foram utilizados 199.991 caracteres.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Ac. ^{os}	Acórdãos
al.	alínea
al. ^{as}	alíneas
art.	artigo
art. ^{os}	artigos
<i>BE</i>	<i>Behavioral Economics</i>
BERR	Department for Business Enterprise & Regulatory Reform
BEUC	<i>The European Consumer Organization/Bureau Européen des Unions de Consommateurs</i>
<i>BLE</i>	<i>Behavioral Law and Economics</i>
<i>BI's</i>	<i>Behavioural Insights</i>
<i>B2C</i>	<i>Business to Consumer</i>
CC	Código Civil
CCE	Comissão das Comunidades Europeias
CCG	Cláusulas Contratuais Gerais
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comissão Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cf.	Confrontar
Cons.	Considerando
Cons. ^{os}	Considerandos
CPub	Código da Publicidade
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPI	Código da Propriedade Industrial
DDC	Directiva Direitos dos Consumidores
DL	Decreto-Lei

DPCD	Directiva Práticas Comerciais Desleais
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	European Commission
E.M.	Estados Membros
<i>Et al</i>	E outros
Etc.	<i>Et cetera</i>
ESOMAR	<i>European Society for Opinion and Marketing Research</i>
EUA	Estados Unidos da América
FTC	Federal Trade Commission
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
<i>Id.</i>	<i>idem</i>
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
n.	nota
n.º	número
NMSBA	Neuromarketing Science & Business Association
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OFT	Office of Fair Trading
p.	página
Par.	parágrafo
Par. ^{os}	parágrafos
PCD	prática comercial desleal
PCD's	práticas comerciais desleais
PE	Parlamento Europeu
p. ex.	por exemplo
pp.	páginas
Proc.	Processo
Proc. ^{os}	Processos
Reg.	Regulamento
Séc.	Século

ss.	seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

Resumo

Face aos avanços que se verificaram nas ciências sociais a partir das décadas de 60/70 do séc. passado, em particular na Psicologia, ficou cientificamente comprovado que o processo de decisão do consumidor padece de determinadas vulnerabilidades cognitivas susceptíveis de ser exploradas por quem domine o seu modo de funcionamento.

Tendo por base estes conhecimentos, HANSON e KYSAR, em 1999, desenvolveram a chamada *market manipulation*, teoria segundo a qual muitas das práticas comerciais utilizadas pelos profissionais visam directamente o aproveitamento daquele tipo de fragilidades. Todavia, embora genericamente bem aceite pela comunidade académica, tal tese não logrou em convencer o legislador e os aplicadores do Direito.

Segundo parece, este panorama tende a mudar. Muito graças à extensa produção científica que desde aí se tem verificado, em especial no campo da Economia Comportamental (*BE*), constata-se hoje em dia um cada vez maior interesse nos estudos da Psicologia por parte dos legisladores (incluindo o europeu), sendo já diversos os casos de leis e regulações que foram criadas com base nesses conhecimentos, inclusivamente no âmbito do Direito do Consumo.

Sucede que, apesar desta progressiva abertura do legislador europeu aos conhecimentos da Psicologia, tem-se entendido que o consumidor parece ainda estar em larga medida desprotegido face aos efeitos de práticas comerciais que se aproveitem das vulnerabilidades do seu processo de decisão.

O propósito deste estudo passa por tentar compreender os reais contornos desta temática e propor e agrupar soluções. Numa primeira parte é procurado caracterizar o processo de decisão do consumidor, identificando as diversas vulnerabilidades de que padece e as práticas mais comuns que os profissionais utilizam para as explorar. Ainda nessa parte e numa segunda, é tentada uma análise crítica, à luz dos conhecimentos actuais da Psicologia e dos principais estudos jurídicos que tratam estas matérias, daquelas que podem ser as melhores formas de proteger o consumidor face aos efeitos lesivos desse tipo de expedientes.

Palavras-chave: Behavioural Economics; Behavioural Insights; Direito do Consumo; Práticas Comerciais; Processo de decisão do consumidor; Protecção do Consumidor; Psicologia;

Abstract

Recent advances in Psychology have provided scientific evidence that the consumer decision-making process is affected by cognitive vulnerabilities subjected to exploitation by professionals that fully understand its features.

HANSON and KYSAR's (1999) *market manipulation* theory argues that most of the commercial practices used by traders are directly intended to exploit said weaknesses; despite general acceptance by the academic community, *market manipulation* theory failed to persuade both legislators and law enforcers.

However, up-to-date extensive research in Psychology and *Behavioural Economics* has led to an increased interest in Psychological studies among legislators – including the European Legislator – reflected by the creation of new laws and regulations based on this knowledge, also in the field of Consumer Law.

Despite the progressive openness to psychological evidence by the European Legislator, it has been understood that consumers still seem to be highly unprotected against the effects of commercial practices designed to exploit the vulnerabilities of decision-making processes.

The purpose of this study is to understand the real outlines of consumer's decision-making manipulation by traders as well as proposing and grouping solutions. In the first part we sought to characterize the consumer decision-making process, identifying its various weaknesses and the most common commercial practices used by traders to exploit them. Still in that same part and in a second part, we aimed to carry out a critical analysis in the light of present-day Psychology research and major legal studies to determine which may be the most effective ways to protect the consumer against the injurious effects of such practices.

Keywords: Behavioural Economics; Behavioural Insights; Consumer Law; Commercial Practices; Consumer decision-making process; Consumer Protection; Psychology;

I. Introdução

O estudo que nos propomos empreender no presente trabalho e que constitui a nossa Dissertação de Mestrado versa sobre a temática das relações entre o Direito do Consumo e a Psicologia, em particular no que se refere à protecção do consumidor face aos efeitos das práticas comerciais que se baseiem nesses conhecimentos.

Mais especificamente, procuraremos, numa primeira parte, analisar, com a profundidade possível, os traços que caracterizam o processo de decisão do consumidor, em especial, aqueles que são considerados pela Psicologia as suas principais vulnerabilidades, bem como as formas pelas quais estes poderão ser explorados por profissionais que dominem o seu modo de funcionamento. Simultaneamente, tentaremos aferir se e de que modo é que o Direito do Consumo vigente reage a esse tipo de abordagens. Por fim, faremos uma referência a determinadas condicionantes que podem agravar o problema em estudo – as diferenças individuais, os riscos dos sistemas de recolha e processamento de dados (*Digital Market Manipulation*) e o uso das Neurociências.

Numa segunda parte, tentaremos analisar a actual importância dos conhecimentos da Psicologia na regulação no âmbito da UE, para, em seguida, estudarmos aquelas que são consideradas, pela Psicologia e pela doutrina especializada, as abordagens que, tendo por base esses conhecimentos, melhor podem proteger o consumidor contra os efeitos das práticas comerciais que neles se sustentem. Nesta parte procuraremos igualmente identificar as principais fragilidades de cada tipo de regulação.

II. Considerações Gerais – a *Market Manipulation*

Desde a Antiga Grécia que se sabe que o processo de decisão do ser humano padece de vulnerabilidades que podem ser exploradas por quem domine o seu funcionamento.

Com os avanços científicos e tecnológicos que se verificaram nas últimas décadas, cada vez mais existe o receio da possibilidade de manipulação dos interesses do consumidor por meio de técnicas e esquemas sub-reptícios desenvolvidos por profissionais altamente apetrechados de conhecimentos e tecnologias.¹

No âmbito do Direito esta preocupação não é recente, tendo surgido com a regulação da publicidade e, em particular, com a proibição da publicidade subliminar.² Todavia, no que se refere à regulação de práticas desenvolvidas com base na Psicologia, apenas em 1999, com o desenvolvimento da teoria da *market manipulation* de HANSON e KYSAR,³ é que a comunidade jurídica se apercebeu dos verdadeiros contornos da questão e da pertinência da chamada de atenção de PACKARD,⁴ ocorrida cerca de quatro décadas antes.

Apesar de muito bem acolhida no meio académico, a *market manipulation* não logrou convencer os legisladores e aplicadores do Direito (nos EUA).⁵

Todavia, nos últimos tempos, em resultado dos referidos avanços científicos, tem-se verificado, no âmbito do Direito do Consumo, um aumento da importância da Psicologia para a criação de regulações para a defesa dos interesses do consumidor,⁶ o qual se agudiza no caso da regulação das práticas comerciais, dado serem cada vez mais desenvolvidas com base nesses conhecimentos.

¹ Cf. J. C. BUBLITZ e R. MERKEL – “Crimes against minds...”, 2014.

² Cf. *infra* III.6.

³ A *market manipulation* consiste na tese de HANSON e KYSAR segundo a qual muitas das práticas comerciais que os profissionais utilizam são criadas tendo por base os conhecimentos da Psicologia com o intuito de explorar as vulnerabilidades cognitivas do consumidor- J. D. HANSON e D. A. KYSAR – “Taking Behavioralism Seriously: The Problem...”, 1999; J. D. HANSON e D. A. KYSAR – “Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence...”, 1999.

⁴ V. PACKARD, *The Hidden Persuaders*, 1957, 1980.

⁵ R. CALO – “Digital Market Manipulation”, 2014, p. 1002.

⁶ Segundo SIBONY, a Psicologia deverá estar para o Direito do Consumo assim como a Economia está para o Direito da Concorrência – A.-L. SIBONY – “Can EU Consumer Law...”, 2014, pp. 931-932.

Nas próximas linhas procuraremos estudar as principais vulnerabilidades do processo de decisão do consumidor identificadas pela Psicologia,⁷ as mais importantes práticas comerciais que se lhes dirigem e as eventuais reacções do Direito do Consumo a estas últimas.

⁷ Estas serão divididas em dois grupos – as vulnerabilidades ligadas à *racionalidade limitada* e as vulnerabilidades associadas à *força de vontade limitada*. Todas elas têm por base as chamadas *Dual-Process Theories*, as quais se baseiam no facto de a mente humana ser composta por dois Sistemas complementares – Sistema 1 e Sistema 2, também designados por *inconsciente* e *consciência*. Cf. J. ST. B. T. EVANS – “Dual-processing Accounts...”, 2008.

III. Racionalidade Limitada

1. Considerações Introdutórias - A Sobrecarga de informação

Durante muito tempo, a concepção dominante de consumidor, inspirada nas teorias económicas neoclássicas e desenvolvida com a *Rational Choice Theory* e suas derivações,⁸ teve por base a figura do *Homo economicus*, caracterizado como um ser perfeitamente racional e informado, dotado de preferências estáveis e cujo único propósito seria a maximização da sua satisfação económica.⁹

A partir dos anos 50/60 do séc. passado, face aos avanços das ciências sociais, alguns economistas começam a rever esta posição.¹⁰ Dentro destas novas propostas, as ideias de H. SIMON, pela sua importância e carácter inovador, vão assumir particular destaque. Influenciado, segundo consta,¹¹ pelo matemático G. POLYA, SIMON irá sustentar, através de uma perspectiva mais realista das capacidades cognitivas humanas, que, contrariamente àquilo que até aí se pensara, a racionalidade do ser humano não é perfeita, mas sim *limitada* (*bounded rationality*). Tal fenómeno explicar-se-ia pelo facto de, em virtude da enorme complexidade dos ambientes,¹² da escassez de tempo e das suas limitações cognitivas e informacionais, o ser humano se ver impossibilitado, na maior parte das situações, de basear as suas escolhas na totalidade da informação disponível sobre a matéria. Nesses casos, a mente humana, enquanto sistema inteligente, encontra-se cognitivamente programada para, de forma automática e adaptativa, fazer face às suas limitações através do recurso a *atalhos mentais* que a permitem, em cada contexto, tomar a melhor decisão possível com os dados que tem ao seu dispor.¹³

Os desenvolvimentos no campo da Psicologia viriam a confirmar as ideias de SIMON. De facto, hoje em dia é sabido que as capacidades da memória de curto

⁸ Cf. R. B. KOROBKIN e T. S. ULEN – “Law and Behavioral Science...”, 2000, pp. 1060 e ss.

⁹ C. JOLLS, C. SUNSTEIN e R. THALER – “A Behavioral Approach...”, 1998, p. 1476.

¹⁰ D. MCFADDEN – “Economic Choices”, 2001, p. 353.

¹¹ G. GIGERENZER – “Why Heuristics Work”, 2008, p. 20.

¹² H. A. SIMON – “Rational Choice...”, 1956, pp. 129-138.

¹³ H. A. SIMON – “A Behavioral Model...”, n.º 1, 1955, p. 101.

prazo¹⁴ são limitadas.¹⁵ Em cada momento, o ser humano consegue processar conscientemente apenas cerca de 50 *bits* dos 11 milhões de *bits* de informação captados pelos seus sentidos¹⁶ (o que equivale a cerca de 5 a 9 itens¹⁷). Por conseguinte, é muito fácil que ocorra um fenómeno denominado de *sobrecarga de informação*, o qual se traduz na incapacidade de o ser humano processar conscientemente a totalidade da informação sobre determinada matéria, o que, face às naturais limitações de tempo, pode levá-lo a bloquear, ou a decidir mal. Assim, conforme refere SIMON, com vista a tentar reduzir os inconvenientes deste fenómeno, a mente humana mune-se de diversas ferramentas – os *atalhos mentais*.

Em seguida, debruçar-nos-emos sobre dois dos *atalhos* mais importantes – os aspectos ligados ao modo de funcionamento da nossa atenção e as *heurísticas*.

2. Atenção selectiva - voluntária e involuntária: o conceito de *saliência*

A atenção humana caracteriza-se por ser selectiva, isto é, por, em cada momento, se focar apenas nos estímulos mais relevantes e ignorar os restantes.¹⁸ Este traço visa evitar que o consumidor se encontre constantemente *sobrecarregado de informação*¹⁹ e constitui uma importante ferramenta para o seu processo de decisão, uma vez que o guia para os elementos mais importantes.

A maior ou menor relevância de cada estímulo depende da sua “*saliência*”, isto é, da capacidade em atrair a atenção do consumidor. Segundo as modernas concepções da Psicologia, a atenção humana pode-se focar quer em estímulos voluntários, quer em estímulos involuntários.²⁰ O primeiro tipo refere-se aos estímulos que têm maior importância para o consumidor, aos quais ele dirige a sua atenção de modo directo e voluntário – p. ex., a música que aprecia ou a informação acerca das características de um produto caro que pretenda

¹⁴ Sobre a *memória de curto prazo*, cf. A. BADDELEY – “Working Memory”, 1992, p. 556.

¹⁵ F. R. KARDES, M. L. CRONLEY e T. L. KLINE, *Consumer Behavior*, 2011, p. 72.

¹⁶ T. D. WILSON, *Strangers to Ourselves*, 2002, p. 24.

¹⁷ Cf. G. A. MILLER – “The Magical Number Seven...”, 1955, p. 348.

¹⁸ F. R. KARDES, M. L. CRONLEY e T. L. KLINE, *Consumer Behavior*, 2011, p. 64.

¹⁹ *Id.*, *Ibid.*

²⁰ *Id.*, pp. 74-79.

adquirir.^{21/22} O segundo tipo consiste nos estímulos que, pelos seus traços, conseguem captar a atenção do consumidor de forma involuntária,²³ fenómeno este que pode ter origem em diversos factores, que têm em comum o facto de tornarem o estímulo contrastante²⁴ com o ambiente que o rodeia. São eles a novidade ou originalidade do estímulo;²⁵ a sua intensidade e vividez – dado o seu tamanho, cor, odor, textura, etc.;²⁶ a complexidade e o carácter intelectualmente desafiante do estímulo;²⁷ a sua proximidade temporal, espacial ou sensorial;²⁸ e a ligação emocional do consumidor ao estímulo (se este está ligado aos seus interesses e objectivos).²⁹

Uma vez que os consumidores tendem a fundar as suas decisões nos estímulos voluntários e involuntários *salientes*, são várias as técnicas a que os profissionais recorrem que têm por base estas ideias.

É o que se verifica na utilização de expedientes para destacar determinada parcela de informação – cores, tamanhos e tipos de letra, uso de ilustrações, caixas de destaque, ícones – p. ex., em anúncios publicitários, folhetos e brochuras. Também é muito frequente o recurso à “sugestão do chefe”, às “especialidades da casa” ou a determinadas expressões que têm em vista melhorar a caracterização dos produtos.³⁰

Todavia, a exploração da *saliência* não se fica por aqui – existe outro tipo de técnicas, mais obscuro e questionável, que também é muito empregue pelos profissionais.

²¹ *Id.*, *Ibid.*

²² Neste caso assume particular relevo a figura do *envolvimento do consumidor*, que se refere à importância do produto, anúncio, situação, etc. para o consumidor, e tende a ser maior em produtos caros ou que envolvam maior risco ou complexidade. Segundo o *Elaboration Likelihood Model*, o consumidor em situações de grande *envolvimento* debruça-se muito atentamente sobre a informação relevante. Nas situações de pouco *envolvimento* tende a não se esforçar e a focar-se em aspectos *salientes*, como a estética da embalagem, cf. M. R. SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, pp. 61 e ss; 358-359.

²³ F. R. KARDES, M. L. CRONLEY e T. L. KLINE, *Consumer Behavior*, 2015, pp. 74 e ss.

²⁴ M. R. SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, p. 213.

²⁵ F. R. KARDES, M. L. CRONLEY e T. L. KLINE, *Consumer Behavior*, 2011, p. 75.

²⁶ *Id.*, pp. 75-76.

²⁷ *Id.*, pp. 76-77.

²⁸ *Id.*, p. 79.

²⁹ *Id.*, p. 77.

³⁰ P. ex., expressões como “caseiro” ou “suculento” – B. WANSINK e K. LOVE – “Slim By Design...”, 2014, p. 140.

Referimo-nos, em primeiro lugar, à utilização da técnica oposta, isto é, à criação de dificuldades ao consumidor, como a adopção de tipos de letra muito pequenos, linguagem demasiado técnica e/ou confusa, e/ou descrições muito longas³¹ com o objectivo de desencorajá-lo de se informar e fazer comparações entre produtos, lojas, condições contratuais, etc.^{32/33}

Em segundo lugar, um outro tipo de técnicas traduz-se no aproveitamento do facto de a escolha da localização de informações e produtos ter um papel determinante na “*saliência*” destes. Tal ocorre nos espaços comerciais, em que determinadas localizações captam mais facilmente a atenção do consumidor (designadamente as prateleiras ao nível dos olhos, para os adultos, ou outros locais de maior visibilidade)³⁴, mas é também muito utilizado no *design* de menus, catálogos e folhetos publicitários, em que se sabe que os itens mais caros devem ser colocados no início desse tipo de documentos, ou no início de cada secção, e os produtos menos lucrativos ou de pior qualidade devem ser situados nos cantos inferiores das páginas esquerdas, para onde os consumidores menos olham.³⁵ Também é frequente o recurso a *âncoras*³⁶ e itens com preços elevados estrategicamente colocados com vista a que outros itens pareçam mais atractivos (*efeito de atracção*).^{37/38} Por fim, é também comum a colocação de produtos que não se encontrem em promoção em locais *salientes*, como *ilhas*, juntamente com produtos idênticos (mesmo tipo e marca) que estejam em promoção.³⁹

Em terceiro lugar, um dos casos mais analisados refere-se ao aproveitamento do carácter *saliente* ou não dos termos contratuais, em que, face à

³¹ Estas técnicas podem consubstanciar PCD's nos termos do art. 9.º, n.º 1, al. c) e n.º 2 do DL 57/2008.

³² Cf. R. VAN LOO – “Helping Buyers Beware...”, 2015, pp. 1345-1346.

³³ Este tipo de expedientes é muito utilizado nas *Dark Patterns*, termo cunhado por Harry Brignull para se referir a estratégias desenhadas com base na Psicologia com o intuito de levar o consumidor a agir de certo modo. É o caso da *easy in/difficult out*, que consiste em tornar muito fácil a aquisição de produtos ou serviços, mas muito difícil o exercício de direitos ou a revogação ou oposição à renovação do contrato – cf. darkpatterns.org. Esta técnica consubstancia uma PCD agressiva nos termos do art. 11.º n.º 2, al. d) do DL 57/2008. No caso de falta do endereço ou contacto do profissional cf. o art. 9.º, n.ºs 1, 3 e 4 e o art. 10.º, al. b) do DL 57/2008, bem como os art.ºs 4.º al.ºs a) e b) do DL 24/2014 e 10.º do DL 7/2004.

³⁴ Cf. J. D. HANSON e D. A. KYSAR – “Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence...”, 1999, p. 1448.

³⁵ B. WANSINK e K. LOVE – “Slim By Design...”, 2014, pp. 138-139.

³⁶ Cf. *infra* III, 3.1.

³⁷ B. WANSINK e K. LOVE – “Slim By Design...”, 2014, pp. 138-139.

³⁸ Sobre o *efeito de atracção*, cf. *infra* 5.1.5.

³⁹ Esta prática deverá ser considerada PCD à luz do art. 7.º, n.º 1, al.ºs b) e d) do DL 57/2008.

circunstância de os consumidores tenderem a focar-se apenas nos termos que são *salientes* para si (a fim de evitarem a *sobrecarga de informação*) – ligados, designadamente, ao preço, aparência e funcionalidades do produto – existir o risco de os profissionais estabelecerem esse tipo de termos de modo favorável para os consumidores e os restantes de forma não vantajosa (p. ex., incluir taxas ou penalizações).^{40/41}

Em quarto lugar, de acordo com HAMILTON e CHERNEV,⁴² a mesma ideia verifica-se também com os produtos. Face à complexidade dos estabelecimentos de venda a retalho hoje em dia, com milhares de bens em montra e alterações de preços frequentes,⁴³ ao consumidor é apenas possível ter uma ideia dos preços de alguns dos produtos que adquire com maior frequência – os produtos *salientes* – informação esta que determinará a imagem global da loja para o consumidor no que toca aos preços (cara ou barata).⁴⁴ Tendo noção disto, face à evolução dos sistemas de recolha e análise de dados, muitos profissionais adoptam a estratégia de estabelecer preços e condições mais favoráveis nesses produtos e utilizar o método inverso nos restantes bens.⁴⁵

Segundo BAR-GILL, esta situação verifica-se igualmente nos casos de produtos que carecem de outros para funcionar – impressoras, escovas de dentes eléctricas, dispositivos para lâminas de barbear e alguns aparelhos de limpeza.^{46/47} Basicamente, aqui a tática consiste em oferecer um preço muito baixo para os “produtos de base” (*salientes*) e estabelecer um preço elevado para as recargas (*não salientes*), recuperando, dessa forma, o lucro não obtido na venda do primeiro bem.⁴⁸

⁴⁰ R. KOROBKIN – “Standard Form Contracts...”, 2003, pp. 1206, 1234 e ss.

⁴¹ Panfletos ou brochuras enganosas em que apenas são fornecidas algumas informações relativas ao bem ou serviço podem constituir publicidade enganosa nos termos do art. 11.º, n.º 1 do CPub e ser considerados PCD – art.ºs 9.º, n.º 1 e 10.º ou art. 7.º do DL 57/2008. Cf. CE, *Orientações...*, 2016, p. 78.

⁴² R. HAMILTON e A. CHERNEV – “Low Prices...”, 2013, p. 4.

⁴³ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁴ *Id.*, pp. 3-4.

⁴⁵ *Id.*, p. 4.

⁴⁶ O. BAR-GILL – “Informing Consumers...”, 2007, pp. 18 e ss.

⁴⁷ No mesmo sentido, R. VAN LOO – “Helping Buyers Beware...”, 2015, p. 1340.

⁴⁸ Segundo BAR-GILL, é uma estratégia semelhante que está em causa nos contratos de hospedagem, em que o preço da prestação principal (locação do quarto) é baixo, mas o custo da prestação de serviços acessórios (serviço de comidas no quarto, etc.) é elevado – cf. O. BAR-GILL – “Informing Consumers...”, 2007, pp. 26-29.

Por fim, ainda no que toca à exploração da atenção humana, temos os casos de diminuição de embalagens (mantendo o preço inalterado).⁴⁹

3. Heurísticas

O termo “*heurística*” provém do grego, onde tem por significado “serve para encontrar ou descobrir”,⁵⁰ e visa designar determinados *atalhos mentais* a que as espécies animais recorrem,⁵¹ de forma automática, em tomadas de decisão que envolvam incerteza.

Correspondendo a um dos tipos de *atalhos* referidos por SIMON, as *heurísticas* consistem, essencialmente, em regras a que a nossa mente recorre, de forma automática, rápida e intuitiva, para decidir em contextos em que não lhe é possível ou conveniente dispor da totalidade da informação sobre a matéria em causa, as quais, tendo origem na evolução das espécies, nas normas sociais apreendidas pela imitação dos outros, pelo ensino, e pelas experiências pessoais de como funciona o mundo, permitem que, independentemente das nossas limitações naturais, possamos sobreviver com qualidade nos ambientes extremamente complexos em que habitamos.⁵²

Por motivos de espaço, apresentaremos apenas o estudo das abordagens com maior relevância para a temática que nos propomos desenvolver – o movimento *heuristics and biases* de TVERSKY e KAHNEMAN e as “*armas de influência*” de CIALDINI.

⁴⁹ Em Israel passou-se a exigir que os consumidores sejam informados dos casos em que esta prática se verifique - OECD, *Use of Behavioural Insights...*, 2017, p. 29.

⁵⁰ G. GIGERENZER e W. GAISSMAIER – “Heuristic Decision Making”, 2011, p. 454.

⁵¹ G. GIGERENZER – “Why Heuristics Work”, 2008, p. 20.

⁵² G. GIGERENZER e W. GAISSMAIER – “Heuristic Decision Making”, 2011, pp. 454 e ss.

3.1. Heuristics and biases – Disponibilidade, Representatividade, Ancoragem e Ajustamento

Impulsionados pela ideia de *racionalidade limitada* defendida por SIMON,⁵³ os psicólogos israelitas AMOS TVERSKY e DANIEL KAHNEMAN vão tentar descobrir os diversos traços que afastam o ser humano do *Homo economicus*. Em 1974, num artigo que ficou célebre,⁵⁴ TVERSKY e KAHNEMAN conseguem demonstrar cientificamente que, conforme sustentara SIMON, em escolhas que envolvem incerteza, a mente recorre a determinados *atalhos mentais* - as *heurísticas*. Nesse mesmo estudo são identificados três tipos - a “*disponibilidade*”, a “*representatividade*” e a “*ancoragem e ajustamento*”.

A “*disponibilidade*” refere-se ao facto de as pessoas tenderem a ver um dado resultado como mais provável consoante aquilo que conhecem – p. ex., o caso de A aferir o risco de ataque cardíaco em pessoas de meia-idade com base nos casos por ele conhecidos.⁵⁵

Por sua vez, a “*representatividade*” assenta no estereótipo – p. ex., a probabilidade de B ser ou não bibliotecário ser aferida com base no seu maior ou menor encaixe no perfil estereotipado.⁵⁶

Finalmente, a “*ancoragem e ajustamento*”⁵⁷ baseia-se na circunstância de uma estimativa poder ser influenciada por um valor inicial (“a *âncora*”), conforme sucederá numa situação de regateio na negociação de um produto, em que o valor inicial pedido por C, vendedor, servirá de *âncora* e influenciará a contraproposta do comprador.⁵⁸

No entanto, nesse mesmo artigo, TVERSKY e KAHNEMAN introduzem o elemento que mais viria a influenciar os movimentos *Behavioural Economics*

⁵³ D. KAHNEMAN – “A Perspective on Judgement and Choice...”, 2003, p. 697.

⁵⁴ A. TVERSKY e D. KAHNEMAN – “Judgement under uncertainty...”, 1974, pp. 1124-1131.

⁵⁵ *Id.*, p. 1127.

⁵⁶ *Id.*, p. 1225.

⁵⁷ *Id.*, p. 1128.

⁵⁸ Na medida em que funciona de forma imperceptível, embora tremendamente eficaz, a *ancoragem* é, segundo KAHNEMAN, dos “*mais fiáveis e robustos resultados da Psicologia Experimental*”, cujos efeitos se verificam mesmo relativamente a especialistas – D. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 161 e ss.

(BE)⁵⁹ e *Behavioural Law and Economics (BLE)*⁶⁰ –, a ideia segundo a qual as *heurísticas* deverão ser encaradas como uma vulnerabilidade do processo de decisão do ser humano na medida em que, embora normalmente funcionem bem e sejam muito úteis, podem, em certos casos, dar origem a “erros graves e sistemáticos”⁶¹ – os *enviesamentos (biases)*.⁶² Como exemplos, o caso de alguém, ao utilizar a “*representatividade*” para apontar que um indivíduo com certas características, numa lista de profissões, será provavelmente bibliotecário, ter apenas em conta as referidas características e não o número de profissionais em cada profissão;⁶³ o facto de o uso da “*disponibilidade*” poder levar a que um indivíduo pense que determinada classe de eventos parece mais numerosa do que aquilo que realmente é (como alguém que presenciou um acidente de automóvel sentir que a probabilidade de acidentes rodoviários aumentou temporariamente⁶⁴); ou a eventualidade de, na “*ancoragem*”, os ajustamentos que se seguem à proposta inicial ficarem muito próximos do valor inicial.⁶⁵

Ora, estes diversos *enviesamentos* podem ser explorados, de forma *subreptícia*, por profissionais que compreendam o modo de funcionamento das três *heurísticas*.

Assim, relativamente à *representatividade*, a estratégia passará por tornar *salientes* determinados traços da marca, produto ou estabelecimento que se enquadrem em determinado estereótipo em que o profissional se pretenda inscrever.⁶⁶

No que respeita à *disponibilidade*, o seu aproveitamento deve também passar, por um lado, por tornar *salientes* (ou *não salientes*⁶⁷), através, p. ex., de anúncios publicitários (frequentes), determinado produto, marca, necessidade ou

⁵⁹ Cf. S. MULLAINATHAN e R. H. THALER – “Behavioral Economics”, 2000.

⁶⁰ Cf. C. JOLLS, C. SUNSTEIN e R. THALER – “A Behavioral Approach...”, 1998.

⁶¹ A. TVERSKY e D. KAHNEMAN, “Judgement under uncertainty...”, 1974, p. 1124.

⁶² *Enviesamentos* são erros de percepção resultantes de processos cognitivos e as suas origens vão para além da utilização de *heurísticas*. Cf. *infra* 4.

⁶³ A. TVERSKY e D. KAHNEMAN, “Judgement under uncertainty...”, 1974, p. 1124.

⁶⁴ *Id.*, p. 1127.

⁶⁵ *Id.*, p. 1128.

⁶⁶ P. ex., o caso atrás referido, em que pela redução dos preços dos produtos mais *salientes*, a loja tende a ser vista como “*low-cost*” para os consumidores – cf. *supra* III, 2.

⁶⁷ P. ex., tornar os riscos da utilização de determinado produto *não salientes*. Sobre o caso do tabaco, cf. J. D. HANSON e D. A. KYSAR – “Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence...”, 1999, pp. 1511-1512.

risco com vista a ficarem mais *disponíveis* na mente dos consumidores. Por outro lado, deve também aferir quais daqueles elementos são já familiares para o consumidor e traçar um plano com base nessa informação.

Por fim, a *ancoragem*, ao ser a mais versátil das três *heurísticas*, pode ser explorada por diversas formas. As estratégias mais comuns tendem a basear-se em preços ou quantidades: assim, são exemplos do primeiro caso, a adopção de *preços mínimos recomendados* acompanhados de *práticas de redução de preços* que, ao *ancorarem* o consumidor no primeiro preço, dão-lhe a impressão de estar perante um bom negócio;⁶⁸ ou a adopção de *âncoras* combinadas com o *efeito de atracção*⁶⁹ – isto é, da colocação, em menus ou em locais comerciais, de itens com preços elevados perto de outros com características afins, mas menos dispendiosos, que passam a ser vistos como bons negócios.⁷⁰ Por fim, temos os chamados *preços-a-conta-gotas* em que o preço é apresentado sem impostos e taxas (ou que são apresentadas como facultativas), que vão acabar por ser cobradas mais tarde.⁷¹

Como exemplos de *âncoras* de quantidade temos os casos de *âncoras* que promovem (“compre 4 por 2 euros”), limitam (“limite de 6 por cliente”) ou sugerem (“leve 12 chocolates da marca x”) a compra de determinada quantidade de produto;⁷² ou os casos de *ofertas* de determinada percentagem de produto com indicação na embalagem da área *oferecida*, situação celebrizada pelo Ac. *Mars* do TJ.⁷³

Por fim, convém ainda referir as práticas que consistem em publicitar que determinada forma de pagamento apenas será possível para valores acima de “x”,

⁶⁸ W. H. VAN BOOM – “Price Intransparency...”, 2011, p. 362.

⁶⁹ Sobre o *efeito de atracção*, cf. *infra* III, 5.1.5.

⁷⁰ No caso dos menus, cf. B. WANSINK e K. LOVE – “Slim By Design...”, 2014, p. 138.

⁷¹ Esta prática pode ser considerada PCD enganosa à luz dos art.ºs 7.º, al. d) e 9.º, n.º 1, al.ºs a) e b) e 10.º, al. c) do DL 57/2008. Cf. também os art.ºs 22.º e 19.º da DDC e o art. 23.º do Reg. 1008/2008.

⁷² B. WANSINK, R. J. KENT e S. J. HOCH – “An Anchoring and Adjustment...”, 1998, pp. 73 e ss.

⁷³ Proc. C-470/93. Neste caso esteve em causa saber se, numa embalagem de gelado, a menção “+ 10%” colocada numa parte colorida superior a 10% da embalagem corresponde a uma PCD enganosa. A decisão do TJ foi no sentido de que “consumidores normalmente informados sabem que não existe necessariamente uma relação entre a dimensão das menções publicitárias relativas ao aumento da quantidade do produto e a importância desse aumento”. Este caso foi testado por K. PURNHAGEN e E. VAN HERPEN – “Can Bonus Packs Mislead...”, 2014, pp. 9 e ss. onde se comprovou estarmos perante duas *âncoras* (a percentagem “+10%” e a área colorida) com efeitos substanciais na percepção e decisões do consumidor. Apesar dos avanços no estudo e interpretação da DPCD, a CE continua (mal) a utilizar esse aresto como exemplo para a definição do conceito de consumidor médio. Cf. CE, *Orientações...*, 2016, p. 44.

ou que os portes de envio serão “grátis”, caso o preço total ultrapasse a quantia “y”.

3.2. ROBERT B. CIALDINI e as “armas de influência”

Ao longo das últimas décadas, o psicólogo social ROBERT B. CIALDINI tem-se debruçado sobre o estudo da persuasão, designadamente através da identificação das técnicas mais eficazes desta “arte” e da compreensão dos mecanismos psicológicos em que assentam. Tendo por base as conclusões dessas pesquisas, segundo o autor, as mais eficientes técnicas de persuasão visam o aproveitamento de seis categorias cognitivas: a *reciprocidade*, o *compromisso e a coerência*, a *prova social*, o *gostar*, a *autoridade*, e a *escassez* – as chamadas *armas de influência*.⁷⁴

A *reciprocidade* consiste no princípio segundo o qual devemos retribuir as ofertas e concessões que nos sejam endereçadas.⁷⁵ Encontrando-se há séculos na base de todo o tipo de trocas e entreajudas entre seres humanos, este princípio constitui um dos mais importantes valores da vida em sociedade e um elemento essencial dos nossos processos de educação e aculturação, a cujo desrespeito se encontra associado um forte sentimento de repulsa social.⁷⁶ Por conseguinte, o seu poder é enorme, expressando-se através do surgimento no destinatário de um favor ou concessão de um imediato e forte sentimento de dívida para com quem lhe fez bem.⁷⁷

Como exemplos de práticas que exploram este princípio temos a atribuição de amostras gratuitas ou pequenos presentes aos consumidores, que podem ser

⁷⁴ R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 15.

⁷⁵ *Id.*, p. 31.

⁷⁶ *Id.*, pp. 32-34.

⁷⁷ *Id.*, *Ibid.*

muito eficazes,^{78/79} ou de técnicas mais elaboradas, como é o caso da “*door-in-the-face technique*”⁸⁰ ou da “*that’s-not-all technique*”.⁸¹

O *compromisso e a coerência* referem-se à ideia de que é essencial ao ser humano ser visto como alguém cujas crenças, escolhas e compromissos são consistentes e estáveis, representando as suas atitudes e comportamentos um reflexo coerente daquelas/es.⁸² Também este princípio tem uma relevância social tal, que condutas incoerentes, erráticas e inconsistentes são muitas vezes associadas a traços negativos de personalidade ou até a perturbações mentais.⁸³

De acordo com CIALDINI, a peça chave deste princípio enquanto *arma de influência* está no compromisso.⁸⁴ Uma vez que por força da pressão da coerência o ser humano está programado para se comportar de forma consistente com as opções tomadas, a assunção de um compromisso leva-o a actuar, muitas vezes de forma automática e inconsciente, de acordo com aquilo que expressou, honrando-o, caso corresponda a uma obrigação,⁸⁵ ou agindo de forma consistente com ele, caso consista numa tomada de posição.⁸⁶

Devido a estes efeitos, são comuns as estratégias que visam a assunção de compromissos por parte do consumidor ou a exploração de compromissos anteriormente assumidos por ele. A forma de o fazer pode revestir várias modalidades - é o caso, p. ex., do recurso a técnicas que explorem a autoimagem de alguém, fazendo com que a pessoa se sinta incoerente caso não aja de

⁷⁸ *Id.*, *Ibid.*

⁷⁹ Este tipo de prática tem sido considerado totalmente legítimo pela CE - Cf. EC, *Guidance...*, 2009, p. 62.

⁸⁰ A “*door-in-the-face technique*” traduz-se na formulação de uma proposta extremamente complicada ou onerosa ao consumidor, que tenderá a recusá-la, seguida da proposta/pedido que o profissional verdadeiramente pretende, a/o qual o consumidor inclinar-se-á a aceitar como reconhecimento da concessão daquele em lhe propor algo mais em conta. P. ex., sugerir a subscrição de um serviço por 350€ anuais, seguida da proposta de subscrição de um plano mais barato por 35€ anuais- R. B. CIALDINI e R. E. GUADAGNO – “Sequential Request...”, 2004, pp. 217-219.

⁸¹ A “*that’s not all technique*” é uma técnica muito utilizada nas *televendas*, e consiste em surpreender o consumidor com a declaração de que pelo valor de venda do produto inicial aquele terá direito a mais “x” itens ou vantagens - *Id.*, *Ibid.*, pp. 219-220.

⁸² R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, pp. 65 e ss.

⁸³ *Id.*, p. 67.

⁸⁴ *Id.*, p. 74.

⁸⁵ É o caso, p. ex., de um pai que promete algo a um filho – R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, pp. 67 e 71 e ss.

⁸⁶ Alguém, p. ex., declarar que é uma pessoa altruísta.

determinado modo ou adquira certo produto,^{87/88} ou de estratégias que se aproveitem de obrigações assumidas para com outrem,⁸⁹ passando por práticas mais *sub-reptícias*, como incentivar o consumidor a promover determinado produto ou participar em concursos que consistam em enaltecer certa marca,⁹⁰ até expedientes mais complexos, como é o caso da *foot-in-the-door technique*⁹¹, da *low-ball technique*⁹², ou da *bait-and-switch tactic*.⁹³

A *prova social* baseia-se no facto de o ser humano agir muitas vezes através da imitação do comportamento dos outros, principalmente em situações em que não sabe ou não tem a certeza de qual será a melhor decisão.⁹⁴ Constituindo um meio de o indivíduo aferir se a sua opinião ou o seu comportamento estão, ou não, correctos, a eficácia do princípio é muito maior quando o(s) outro(s) em causa é (são) semelhante(s) a ele.⁹⁵ Tal como as outras *armas de influência*, também esta funciona de forma automática⁹⁶ e imperceptível.⁹⁷

Face a estas características, a *prova social* constitui um princípio muito utilizado em práticas comerciais, algumas delas muito polémicas. Referimo-nos às técnicas que exploram o princípio de forma encapotada, como é o caso dos chamados *Stealth* e *Buzz Marketing*, em que representantes de profissionais se fazem passar por consumidores em situações da vida real ou nos meios de

⁸⁷ R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 84.

⁸⁸ Tal pode ser feito de forma muito simples – basta um funcionário perguntar ao consumidor quais as suas preferências no que respeita a marcas, modelos ou características de certo produto – cf. F. R. KARDES, M. L. CRONLEY e T. L. KLINE, *Consumer Behavior*, 2011, p. 143.

⁸⁹ Cf. R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, pp. 71-74.

⁹⁰ *Id.*, *Ibid.*

⁹¹ A *foot-in-the-door technique* consiste na formulação de um pedido pequeno seguido de um pedido maior, o verdadeiramente pretendido pelo profissional, e explora o facto de o consumidor ficar comprometido caso aceda ao primeiro pedido. P. ex., um representante do profissional pedir a um consumidor para responder a um questionário para, mal este termine essa tarefa, lhe apresentar uma proposta contratual – R. B. CIALDINI e R. E. GUADAGNO – “Sequential Request...”, 2004, pp. 211-212.

⁹² A *low-ball technique* traduz-se na formulação, por parte do profissional, de uma proposta muito vantajosa para o consumidor, a qual, mais tarde, por algum motivo, é alterada ou revelado algum aspecto pouco vantajoso inicialmente omitido, e explora o facto de o consumidor estar já comprometido com o profissional e com o produto em causa não desistindo do negócio – *Id.*, pp. 209-211. O uso desta técnica poderá ser considerado PCD nos termos do art. 7.º, n.º 1 do DL 57/2008.

⁹³ A *bait-and-switch tactic* consiste na publicitação fraudulenta de um bem com um preço especialmente vantajoso a fim de atrair consumidores ao estabelecimento comercial que, quando pretendem adquiri-lo, são informados de que se encontra esgotado, mas existe outro produto idêntico mais caro – *Id.*, pp. 211-212. Esta técnica é considerada PCD pelas al.^{as} e), f), g) e h) do art. 8.º do DL 57/2008.

⁹⁴ R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, pp. 118-119.

⁹⁵ *Id.*, pp. 140 e ss.

⁹⁶ R. B. CIALDINI – “Basic Social...”, 2005, pp. 158-160.

⁹⁷ R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 118.

comunicação social,⁹⁸ ou em que representantes de profissionais, ou consumidores incitados por profissionais, mediante contrapartidas, promovem os produtos de determinada marca, através de acções como comentários (e *gostos*) nas redes sociais, *blogs* e fóruns, ou nos próprios sites dos profissionais ou em sites vocacionados para o efeito – o *Crowdturfing*.

Quer o *Stealth* e *Buzz Marketing*, quer o *Crowdturfing* são inadmissíveis à luz do Direito do Consumo português. A identificação do carácter comercial das práticas é exigida por diversos diplomas⁹⁹ e a ocultação desse carácter é considerada PCD¹⁰⁰, nos termos do art. 8.º, al.^{as} ab) ou n), e art. 9.º, n.º 1, al. c) do DL 57/2008.^{101/102}

A quarta *arma de influência* identificada por CIALDINI é o *gostar*, que assenta na ideia de que o consumidor diz mais depressa que “sim” a uma proposta formulada por alguém de quem goste,¹⁰³ quer sejam pessoas, quer sejam marcas. O que é determinante é que o estímulo em causa esteja globalmente associado a aspectos positivos, sendo, aliás, essa a justificação que leva os profissionais a associar os seus produtos a pessoas atraentes ou famosas,^{104/105} a determinados cheiros e músicas que inspirem sensações positivas, a frases humorísticas, ou a outros elementos ou características que façam o consumidor sentir-se bem.¹⁰⁶

A *autoridade* baseia-se no facto de termos maior tendência em aceitar propostas ou ofertas formuladas por pessoas ligadas a cargos de autoridade, ainda que esta não seja real.¹⁰⁷ É o caso, p. ex., dos médicos, professores, juízes, especialistas em determinadas matérias ou detentores de outros cargos

⁹⁸ *Id.*, p. 157.

⁹⁹ Art. 8.º, n.º 1 CPub – princípio da identificabilidade; art. 40.º-A, n.º 1 da Lei 27/2007 – Lei da TV e dos Serviços Audiovisuais a Pedido; art. 21.º do DL 7/2004 – relativo ao Comércio Electrónico no Mercado Interno e Tratamento de Dados Pessoais).

¹⁰⁰ Também pode ser considerado publicidade enganosa – cf. art. 11.º CPub. Cf. também o art.º 8.º, al. n) do DL 57/2008 que considera a *publireportagem* como PCD.

¹⁰¹ Cf. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 73-76; 142 e ss.

¹⁰² A CE vai mais longe – práticas que envolvam a manipulação de *instrumentos de comparação ou instrumentos de críticas de utilizadores on-line* devem ser consideradas PCD nos termos do art. 7.º al. c) e/ou nos termos do art.º 9, n.º 1, al. c), podendo inclusivamente caber na cláusula geral – art. 5.º, n.º 1 do DL 57/2008 – cf. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 142 e ss.

¹⁰³ R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 165.

¹⁰⁴ *Id.*, pp. 187-188.

¹⁰⁵ Podendo estar em causa um caso de *Stealth Marketing* ou *Crowdturfing*.

¹⁰⁶ M. R. SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, pp. 195 e ss.

¹⁰⁷ R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, pp. 208 e ss.

normalmente associados a uma especial credibilidade e saber.¹⁰⁸ Uma vez que muitas destas profissões se caracterizam pelo uso de determinada farda, a sua mera utilização confere à pessoa que a veste a aura de fiabilidade que caracteriza as funções em causa.¹⁰⁹ Face a estes efeitos, é comum a associação deste tipo de profissionais, devidamente fardados, à promoção de certos produtos ou serviços, normalmente ligados à sua área de actividade.^{110/111}

Por fim, a *escassez* consiste no princípio segundo o qual o ser humano atribui maior valor às coisas que são escassas, raras ou difíceis de alcançar.¹¹²

Como exemplos de práticas que se baseiam na *escassez* temos o caso dos anúncios publicitários em que determinado artigo ou oportunidade estão disponíveis apenas durante certo período de tempo (ou para determinado número de vagas) ou em que o estabelecimento tem em *stock* um número muito limitado de unidades.¹¹³ Todavia, se a *escassez* for artificialmente criada pode constituir um caso de PCD nos termos do art. 8.º, al. i) do DL 57/2008.

4. Enviesamentos

O enorme poder de influência que a divulgação das experiências de TVERSKY e KAHNEMAN acerca das *heurísticas* teve na comunidade científica, nos inícios na década de 70, motivou e inspirou estes e diversos outros autores para a continuação do estudo das formas pelas quais o processo de decisão do ser humano se afasta dos modelos de racionalidade económica. Deste fenómeno resultou a descoberta de diversos outros *enviesamentos*¹¹⁴ e padrões mentais/comportamentais que nos podem conduzir a decisões menos conseguidas, estabelecendo aquelas que viriam a ser as bases das análises psicológicas da Economia e do Direito (*BE* e *BLE*).

¹⁰⁸ *Id.*, pp. 210 e ss.

¹⁰⁹ *Id.*, pp. 216-219.

¹¹⁰ Dado o poder da farda, é possível obter os mesmos efeitos através do recurso a actores devidamente caracterizados – *Id.*, pp. 211-212.

¹¹¹ Cf., a este propósito, o art. 15.º do CPub, relativo à publicidade testemunhal.

¹¹² R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 226.

¹¹³ *Id.*, pp. 230, 239.

¹¹⁴ Sobre o conceito de *enviesamento*, cf. n. 63.

Por motivos de espaço, debruçar-nos-emos apenas sobre aquelas que têm sido consideradas as mais importantes descobertas deste conjunto de autores: o *excesso de optimismo*, o *enviesamento do auto-serviço*, o *enviesamento de confirmação*, o *enviesamento de percepção retrospectiva*, o *enviesamento da omissão*, a *inconsistência temporal* e o *enviesamento do presente* e, por fim, a *Teoria da Prospecção* e as diversas realidades que estão a ela ligadas.

O *excesso de optimismo* refere-se ao facto de o ser humano tender a ser irrealisticamente optimista, considerando, em regra, que é muito mais provável que eventos negativos aconteçam aos outros que a si próprio.¹¹⁵

O *enviesamento do auto-serviço* está ligado ao *excesso de optimismo* e traduz-se na ideia segundo a qual tendemos muitas vezes a interpretar os factos de modo distorcido em razão da necessidade de preservarmos a nossa autoestima.¹¹⁶ Podemos encontrar diversas manifestações deste *enviesamento* – na nossa propensão natural para sobrevalorizarmos as nossas capacidades;¹¹⁷ na tendência em *colhermos os louros* quando as coisas correm bem, mas atribuírmos responsabilidades a eventos externos quando tal não acontece;¹¹⁸ ou no facto de propendermos a avaliar a justiça ou correcção das situações consoante estas sigam ou não na direcção dos nossos interesses.¹¹⁹

O *enviesamento da confirmação* traduz-se na circunstância de tendermos a pesquisar e analisar a informação disponível de modo a confirmarmos as nossas crenças e opiniões iniciais, desconsiderando os dados que as contrariem.¹²⁰

O *enviesamento de percepção retrospectiva*, também conhecido por efeito “*eu já sabia*”, consiste no facto de considerarmos a verificação de um evento como muito mais previsível quando já temos conhecimento de que ele efectivamente ocorreu.^{121/122}

¹¹⁵ C. T. F. KLEIN e M. HELWEG-LARSEN – “Perceived Control...”, 2002, p. 443.

¹¹⁶ D. R. FORSYTH – “Self-Serving Bias”, 2008, p. 429.

¹¹⁷ L. BABCOCK e G. LOEWENSTEIN – “Explaining Bargain Impasse...”, 1997, p. 111.

¹¹⁸ D. R. FORSYTH – “Self-Serving Bias”, 2008, p. 429.

¹¹⁹ L. BABCOCK e G. LOEWENSTEIN – “Explaining Bargain Impasse...”, 1997, p. 4.

¹²⁰ R. S. NICKERSON – “Confirmation Bias...”, 1998, p. 175.

¹²¹ N. J. ROESE e K. D. VOHS – “Hindsight Bias”, 2012, p. 411.

¹²² Cf. B. FISCHHOFF – “Hindsight ≠ foresight...”, 1975, pp. 288-299.

O *enviesamento da omissão* baseia-se na circunstância de lamentarmos muito mais os maus resultados das nossas acções do que as consequências negativas das nossas inacções¹²³, o que decorre do facto de nos ser muito mais fácil imaginar o desfecho de uma acção do que de uma omissão.¹²⁴ Esta figura constitui uma importante causa do *enviesamento status quo* e do *efeito de dotação*, analisados *infra*.

A *inconsistência temporal* está ligada ao facto de não nos ser indiferente o momento em que ocorre determinado ganho ou perda. Este fenómeno está relacionado com as escolhas intertemporais, isto é, escolhas que têm por objecto opções que envolvem consequências que se verificam em diferentes momentos no tempo,¹²⁵ e manifesta-se através do *enviesamento do presente*, o qual tem origem no chamado *desconto hiperbólico* - a tendência do ser humano em ser muito impaciente no que respeita a custos e benefícios que ocorrerão no curto prazo, mas, pelo contrário, ser paciente no que concerne a custos e benefícios que se verificarão no médio/longo prazo.¹²⁶

Todas estas realidades, de modo directo ou indirecto, têm relevância no que toca à influência do consumidor. Contudo, três destas figuras, muitas vezes em combinação, têm uma importância chave para os profissionais no que toca ao *design* das suas práticas comerciais – são elas o *excesso de optimismo*, o *enviesamento do auto-serviço* e a *inconsistência temporal*.

Assim, práticas como a promoção que envolve a devolução, por parte do profissional, de determinada quantia ao consumidor caso ele envie um cupão pelo correio;¹²⁷ estratégias “*compre já, pague daqui a “x” tempo*”;¹²⁸ promoções em que o valor mensal a pagar é mais baixo caso o consumidor adquira uma subscrição por um período mais alargado, p. ex., no caso dos ginásios;¹²⁹ subscrições com determinados limites de consumo (e preços elevados pelo serviço para além

¹²³ I. RITOV e J. BARON – “Protected Values...”, 1999, p. 80.

¹²⁴ T. GILOVIC e V. HUSTED MEDVEC – “The Experience of Regret...”, 1995, p. 380.

¹²⁵ D. SLOMAN *et al* – “The Psychology of Intertemporal Discounting...”, 2005, p. 348.

¹²⁶ S. FREDERICK, G. LOEWENSTEIN e T. O'DONOGHUE – “Time Discounting...”, 2002, pp. 360-362.

¹²⁷ O. BAR-GILL – “Informing Consumers...”, 2007, pp. 13-15.

¹²⁸ *Id.*, pp. 15-16.

¹²⁹ *Id.*, pp. 35 e ss.

destes);¹³⁰ ou ainda contratos de prestação de serviços continuada com preços baixos no período inicial, mas elevados mais tarde,¹³¹ todos estes casos exploram o *optimismo* ou a confiança do consumidor, designadamente, no que respeita a, respectivamente, enviar o cupão preenchido, melhorar as suas condições económicas, frequentar o ginásio muitas vezes, não ultrapassar os limites de consumo, ou mudar de fornecedor de serviços após o período inicial.

Alguns destes exemplos aproveitam-se igualmente da *inconsistência temporal* do consumidor no que toca a ganhos e custos no curto e médio/longo prazo¹³² – designadamente, da estimativa *enviesada* dos custos de enviar o cupão, de conseguir pagar o bem em causa mais tarde, ou de mudar de serviço após o período inicial. Finalmente, uma outra forma de explorar este *enviesamento* baseia-se no facto de o consumidor desvalorizar os custos dos períodos de fidelização – em particular, os custos de estar “preso” a um contrato durante determinado período de tempo.

A *Teoria da Prospeção* e as realidades a ela associadas serão analisadas de seguida.

5. Teoria da Prospeção

Conforme referido, as descobertas de TVERSKY e KAHNEMAN não se ficariam pelas *heurísticas e enviesamentos*. Muito pelo contrário. Em 1979, num movimento arrojado, a dupla de psicólogos israelitas consegue publicar na famosa revista científica *Econometrica* o artigo que mais viria a contribuir para a atribuição, em 2002, do prémio Nobel da Economia a KAHNEMAN (TVERSKY falecera em 1996) pelos avanços trazidos pelo autor à análise do processo de decisão humana. Através desse estudo, TVERSKY e KAHNEMAN irão desenvolver e divulgar a *Teoria da Prospeção*,¹³³ apresentada como uma alternativa mais

¹³⁰ O. BAR-GILL e R. STONE – “Price Misperception...”, 2009, pp. 5 e ss.

¹³¹ O. BAR-GILL – “Informing Consumers...”, 2007, pp. 26 e ss.

¹³² *Id.*, p. 15.

¹³³ A. TVERSKY e D. KAHNEMAN – “Prospect Theory...”, 1979.

realista à *Teoria da Utilidade Esperada*, a mais importante tese sobre racionalidade defendida pelas ciências económicas.¹³⁴

A *Teoria da Prospecção* tem por objecto a forma como os seres humanos decidem perante opções arriscadas e caracteriza-se, em termos gerais, pelos seguintes contornos: em primeiro lugar, demonstra que as pessoas avaliam as opções em cima da mesa como perdas ou ganhos não com base em estados absolutos de riqueza, mas a partir de um *ponto de referência*;¹³⁵ em segundo lugar, introduz o *princípio da sensibilidade diminuída*, segundo o qual as percepções subjectivas dos potenciais ganhos e perdas variam consoante os montantes em causa estejam próximos ou não do *ponto de referência* (p. ex., a alteração de 100€ para 200€ tem muito maior peso subjectivo do que a de 900€ para 1000€);¹³⁶ em terceiro lugar, evidencia que o ser humano tem *aversão às perdas*, isto é, para ele, os ganhos têm menor valor que as perdas (tem maior peso o sofrimento de perder 10 euros que a alegria de ganhar o dobro); por fim, vem representar um desvio à *Teoria da Utilidade Esperada*, na medida em que enquanto esta postula que a utilidade dos resultados é avaliada apenas de acordo com as probabilidades destes, a *Teoria da Prospecção* demonstra, pelo contrário, que as atitudes das pessoas variam com base em dois factores distintos, decorrentes do *princípio da aversão às perdas*: por um lado, a eventualidade de alguma das opções em causa configurar um resultado certo;¹³⁷ por outro lado, a contingência de as alternativas em jogo serem vistas como ganhos ou perdas (ainda que tenham valores idênticos).¹³⁸ Assim, caso surjam como ganhos, as pessoas irão, em regra, expressar uma atitude de aversão ao risco, escolhendo a opção segura: perante a alternativa entre ganhar 3000€ de forma certa ou 80% de hipóteses de ganhar 4000€, optarão, na sua maioria, pela primeira.¹³⁹ Se as opções estiverem representadas apenas como perdas, os indivíduos decidir-se-ão, maioritariamente, pela opção com risco: entre

¹³⁴ Cf. P. MONGIN – “Expected Utility Theory”, 1998, pp. 171-179.

¹³⁵ D. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 355 e ss.

¹³⁶ *Id.*, p. 372.

¹³⁷ P. ex., uma das hipóteses em jogo representar um ganho certo de “x” – “o Efeito de certeza” – cf. A. TVERSKY e D. KAHNEMAN – “Prospect Theory...”, 1979, p. 265.

¹³⁸ *Id.*, pp. 265, 268.

¹³⁹ *Id.*, p. 265.

perder 3000€ de certeza e 50% de hipóteses de perder 4000€, a maioria escolherá a segunda.¹⁴⁰

5.1. Teorias e enviesamentos baseados na Teoria da Prospeção

Os princípios referidos têm grande influência no comportamento do consumidor. Em seguida, procederemos ao desenvolvimento das mais importantes figuras ligadas a estas ideias – a *Contabilidade mental* e as *Utilidades de Aquisição e Transacção*, os *enviesamentos* que resultam da *aversão às perdas* (o *enviesamento status quo* e o *efeito de dotação*), e as formas pelas quais este conjunto de realidades pode ser explorado – o *efeito de enquadramento* e os *efeitos contextuais*.

5.1.1. Contabilidade mental e Utilidades de Aquisição e Transacção

Tendo por base os princípios da *Teoria da Prospeção*, RICHARD THALER, colaborador e discípulo de TVERSKY e KAHNEMAN, veio introduzir um dado novo que nos ajuda a compreender melhor a influência daqueles no processo de decisão do consumidor. Segundo THALER, à semelhança do que fazem as empresas, o ser humano, com o propósito de controlar o seu património, recorre, de forma inata, a uma espécie de registos contabilísticos mentais onde figuram as operações económicas que lhe dizem respeito.¹⁴¹ Tal como as contas físicas, estas contas podem revestir vários tipos - desde orçamentos e registos contabilísticos, até à “inscrição” de decisões isoladas, como a compra de um bilhete para um jogo de basquetebol.¹⁴²

A enorme importância da *contabilidade mental* reside no facto de as contas se movimentarem de acordo com os princípios decorrentes da *Teoria da Prospeção*, sendo esta combinação determinante nas escolhas do consumidor. Para termos uma ideia de como funciona na prática, socorramo-nos de um exemplo famoso:

¹⁴⁰ Para mais exemplos, cf. A. TVERSKY e D. KAHNEMAN – “Prospect Theory...”, 1979, p. 268.

¹⁴¹ R. H. THALER – “Mental Accounting Matters”, 1999, pp. 184 e ss., 197.

¹⁴² D. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, p. 452.

“Dois ávidos fãs de desporto planeiam percorrer 60 quilómetros para assistir a um jogo de basquetebol. Um deles comprou bilhete; o outro estava em vias de comprá-lo, quando um amigo lhe ofereceu o dele. Está anunciada uma tempestade de neve para a noite do jogo. Qual dos dois detentores de bilhete terá a maior probabilidade de enfrentar a tempestade para ver o jogo?”.¹⁴³

A resposta é intuitiva. Embora ambos queiram ver o jogo, o fã que comprou o bilhete terá uma probabilidade muito maior de fazer a viagem, o que se deve ao facto de a não ida ao jogo representar para ele o encerramento dessa conta com uma perda. Pelo contrário, no caso do segundo, a situação é muito menos dramática, uma vez que deixa apenas de auferir um ganho, encerrando a mesma conta a “zeros”.¹⁴⁴

Como se pode antever, são inúmeros os casos de influência da *contabilidade mental* nas decisões do consumidor, sempre em articulação com os princípios da *Teoria da Prospecção*. Por todos os motivos referidos, na *contabilidade mental*, o foco é maior no que toca às perdas. No entanto, também os ganhos têm aqui um papel fundamental. De facto, um ganho em determinada conta poderá alterar completamente as escolhas do consumidor, levando-o, p. ex., a correr mais riscos, dado se encontrar mais longe da possibilidade de fechar aquela conta com perdas (“o *House Money Effect*”).¹⁴⁵ Por outro lado, em situações que envolvam ambos os tipos de resultados, a forma como os ganhos sejam conjugados com as perdas pode alterar determinantemente a percepção final dos resultados e abrir a porta a manipulações de informação no sentido de tornar as opções mais atractivas. Esta questão será desenvolvida com maior detalhe a propósito dos *efeitos de enquadramento*.¹⁴⁶

¹⁴³ *Id.*, *Ibid.*

¹⁴⁴ Esta característica de o ser humano tudo fazer para não fechar as suas contas a perder ficou conhecida por *falácia do custo perdido* e é ela que muitas vezes nos leva a continuar a investir em situações com poucas perspectivas de virem a ter sucesso – RICHARD THALER – “*Toward a Positive Theory...*”, 1980, pp. 47 e ss.; D. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 455-456.

¹⁴⁵ Cf. R. H. THALER e E. J. JOHNSON – “*Gambling with the House Money...*”, 1990, p. 657.

¹⁴⁶ Cf. *infra* 5.1.4.

II – Da aplicação da *Teoria da Prospecção* ao processo de decisão do consumidor resulta ainda outro efeito, ligado à importância dos *pontos de referência* na escolha de determinada opção.

De acordo com THALER, o consumidor apenas se decide pela compra de um bem após analisar dois tipos de utilidades – a *Utilidade de Aquisição* e a *Utilidade de Transacção*.¹⁴⁷

A *Utilidade de Aquisição* assenta no valor do bem face ao seu preço, isto é, na diferença entre o valor do bem para o consumidor (os benefícios que espera retirar do bem) e o preço daquele,¹⁴⁸ encontrando-se ligada à análise subjectiva da qualidade do produto.¹⁴⁹

A *Utilidade de Transacção* baseia-se na diferença entre o preço do bem e o *preço de referência* (o preço normalmente pago por aquele bem no contexto em causa).¹⁵⁰ Consubstanciando uma descoberta de THALER, este tipo de utilidade tem uma influência essencial no processo de decisão, na medida em que é através do *preço de referência* que o consumidor sente se está ou não perante um bom negócio.¹⁵¹ Os seus efeitos ficaram bem ilustrados em diversos casos.¹⁵² Destes, o mais famoso referiu-se ao estudo em que se pretendeu aferir o valor máximo que consumidores apreciadores de cerveja estariam dispostos a pagar pela sua cerveja preferida num dia de praia, a qual seria adquirida em dois locais distintos: um hotel de luxo e um supermercado. Os resultados da experiência viriam a confirmar a influência dos *preços de referência* – os consumidores revelaram estar dispostos a pagar pela mesma cerveja um valor médio consideravelmente mais elevado no hotel do que no supermercado (os valores médios, expressos em dólares de 1980, foram de \$2,65 e \$1,50, respectivamente).¹⁵³

Os dois tipos de utilidade revestem grande interesse para nós, na medida em que, através da manipulação dos pressupostos em que assentam, poderão determinar diferentes comportamentos. Desta forma, para o aumento da *Utilidade*

¹⁴⁷ R. H. THALER – “Mental Accounting Matters”, 1999, pp. 188-189.

¹⁴⁸ *Id.*, *Ibid.*

¹⁴⁹ D. GREWAL, K. B. MONROE e R. KRISHNAN – “The Effects of Price-Comparison...”, 1998, p. 48.

¹⁵⁰ R. H. THALER – “Mental Accounting Matters”, 1999, pp. 188-189.

¹⁵¹ R. H. THALER – “Mental Accounting and Consumer Choice”, 2008, p. 19.

¹⁵² *Id.*, pp. 19-20.

¹⁵³ *Id.*, p. 20.

de Aquisição contribuirá o investimento em aspectos que elevem a percepção do valor da aquisição do produto por parte do consumidor. Relativamente à alteração da perspectiva do consumidor no que concerne à razoabilidade do negócio (*Utilidade de Transacção*), a estratégia deverá basear-se em alterações nos *preços de referência*, ou em elementos relacionados com eles.

De ambas as possibilidades, a segunda é a que reveste maiores potencialidades de manipulação do consumidor uma vez que, no limite, permite que negócios pouco ou nada vantajosos sejam vistos como boas oportunidades. Algumas formas de *enquadramento*¹⁵⁴ mais ligadas à *Utilidade de Transacção* são identificadas por THALER. A mais óbvia corresponde às reduções de preço (descontos, promoções e saldos).¹⁵⁵ Outra técnica corresponde à criação pelo próprio profissional de um *preço de referência*, através da sugestão de um *Preço Recomendado* para o produto, que poderá não apenas elevar o preço deste, como, simultaneamente, aumentar a percepção do consumidor no que toca à bondade do negócio, em especial se a medida for acompanhada de práticas de redução de preço.¹⁵⁶ Outra forma de elevar o *preço de referência* consiste em melhorar ou tornar mais apelativas as características do estabelecimento ou do produto, associando-as a maior qualidade, quantidade ou luxo.¹⁵⁷ Por fim, existe a possibilidade de afastar o *preço de referência* através, p. ex., de contratos com objecto plural que tornem difícil a identificação do valor de cada prestação.¹⁵⁸

5.1.2. O enviesamento status quo

Também ligado à *Teoria da Prospecção* e à influência dos *pontos de referência*, o *enviesamento status quo* corporiza o famoso adágio “*na dúvida, nada faças*”.¹⁵⁹ Confirmado por SAMUELSON e ZECKHAUSER, este *enviesamento* caracteriza-se pelo facto de as pessoas, perante várias alternativas, atribuírem maior importância

¹⁵⁴ Sobre o efeito de *enquadramento*, cf. *infra* 5.1.4.

¹⁵⁵ R. H. THALER – “Mental Accounting Matters”, 1999, p. 189.

¹⁵⁶ R. H. THALER – “Mental Accounting and Consumer Choice”, 2008, p. 23.

¹⁵⁷ *Id.*, *Ibid.*

¹⁵⁸ *Id.*, *Ibid.*

¹⁵⁹ S. L. FLEMMING *et al* – “Overcoming status quo bias...”, 2010, p. 6005.

ao estado de coisas actual ou anterior (o *ponto de referência* ou *status quo*).¹⁶⁰ É, p. ex., o caso de A apenas beber cerveja da marca X ou de votar, em determinadas eleições, no candidato que ocupa actualmente o cargo.¹⁶¹

Relativamente à exploração deste *enviesamento*, tal pode ser feito quer através de práticas consensualmente legítimas de promoção de bens e serviços,¹⁶² quer por meio de técnicas que, dado o seu carácter sub-reptício e directamente dirigido ao aproveitamento deste *enviesamento*, têm suscitado diversas dúvidas. É o caso, p. ex., de propostas contratuais de fornecimento de serviços em que o consumidor não tem de despende qualquer quantia (ou tem um desconto substancial) nos meses iniciais, com o intuito de “agarrá-lo”; da criação de dificuldades por parte do profissional quando o consumidor pretende a oposição à renovação ou a revogação de contratos duradouros;¹⁶³ ou da alteração dos termos contratuais durante a vigência do contrato (p. ex., introduzindo novas taxas).¹⁶⁴

Todavia, a figura por excelência no que toca à exploração deste *enviesamento* é a *opção por defeito* (*default*) - a solução que o consumidor recebe caso não efectue nenhuma escolha explícita.¹⁶⁵

Podendo ser gerais ou pessoais,¹⁶⁶ estas soluções constituem uma forma simples de o profissional obter benefícios que não conseguiria caso o consumidor fosse chamado a dar o seu assentimento logo à partida. É o que ocorre, p. ex., quando um automóvel é vendido logo com diversos *extras*, que o encarecem,¹⁶⁷ com a posição das comidas num *buffet* (as primeiras na linha tendem a ser as mais escolhidas)¹⁶⁸ ou, muito em especial, com as *opt-out's*,¹⁶⁹ isto é, opções que estabelecem que, se o consumidor nada fizer, isso equivalerá à sua aceitação de

¹⁶⁰ W. SAMUELSON e R. ZECKHAUSER – “Status Quo Bias...”, 1988, pp. 8.

¹⁶¹ Para estes e mais exemplos, *Id.*, pp. 8 e ss.

¹⁶² É o caso, p. ex., de melhoramentos nas características de um produto ou das reduções de preços – cf. R. DHAR – “Consumer Preference...”, 1997, p. 216.

¹⁶³ Cf. n. 33 e art.ºs 48.º, n.ºs 10-14 e 113.º, al. x) da Lei 5/2004.

¹⁶⁴ No caso das comunicações electrónicas, cf. os art.ºs 48.º, n.º 16 e 113.º al. x) da Lei 5/2004.

¹⁶⁵ C. L. BROWN e A. KRISHNA – “The Skeptical Shopper...”, 2004, p. 529.

¹⁶⁶ C. R. SUNSTEIN – “Deciding by Default”, 2013, pp. 9-10.

¹⁶⁷ C. L. BROWN e A. KRISHNA – “The Skeptical Shopper...”, 2004, p. 529.

¹⁶⁸ B. WANSINK e K. LOVE – “Slim By Design...”, 2014, p. 139.

¹⁶⁹ A estas opõem-se as *opt-in's*, em que os efeitos da solução em causa só se verificam caso o consumidor dê o seu assentimento.

algo, como a partilha dos seus dados, a adesão a subscrições, a admissão de renovações contratuais, ou a aquisição de produtos.

Neste último caso, dado o seu carácter abusivo, o legislador europeu tomou medidas especiais. Por um lado, veio exigir no art. 22.º da DDC¹⁷⁰ a obtenção por parte do profissional do consentimento expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional à remuneração acordada. Caso o profissional o obtenha por via de *defaults*, a mesma disposição estabelece que o consumidor tem direito ao reembolso dessas quantias (art. 22.º DDC, 2.ª parte).¹⁷¹ Por outro lado, dado terem ocorrido alguns casos famosos¹⁷² de utilização de *defaults* no sector do transporte aéreo com o intuito de levar os consumidores a adquirirem serviços facultativos sem se aperceberem, foi implementado no art. 23.º, n.º 1 do Reg. 1008/2008 que “os suplementos de preço opcionais devem ser comunicados de forma clara, transparente e não dúbia no início de qualquer processo de reserva, e a sua aceitação pelo passageiro deve resultar de uma opção deliberada deste último”.¹⁷³

Todavia, apesar destes avanços, mantém-se ainda, em grande medida, a possibilidade de os profissionais estabelecerem como *default* as opções que mais os beneficiem, as quais a mais das vezes são lesivas para o consumidor.¹⁷⁴

5.1.3. Efeito de dotação

Divulgado em 1980¹⁷⁵ pela mão de RICHARD THALER, o *efeito de dotação* parte da ideia segundo a qual “é mais doloroso desfazer-nos de um bem do que é

¹⁷⁰ Directiva n.º 2011/83/UE transposta para o ordenamento jurídico português pelos DL 24/2014 e 47/2014. O art. 22.º foi transposto pelo DL 47/2014 através do aditamento do art. 9.º-A à LDC (Lei 24/96).

¹⁷¹ Cf. Art. 9.º-A, n.ºs 2 e 3 da LDC.

¹⁷² No *site* de uma companhia de aviação, a opção para não escolher o seguro facultativo estar colocada, por ordem alfabética, no local onde são escolhidos os destinos de viagem; e alguns casos de *preços-a-conta-gotas* – CE, *Orientações...*, 2016, pp. 164-166, 169-171.

¹⁷³ Este tipo de expedientes pode também ser considerado PCD nos termos do art. 7.º n.º 1, al. c), dos art.ºs 9.º, al. a), n.ºs 3 e 4 e art. 10.º, al.ºs c) e d) ou do art. 5.º, n.º 1 do DL 57/2008. Caso o uso de *defaults* tenha por efeito a execução de operações de pagamento sem o consentimento do consumidor, para além de tal constituir uma PCD, nos termos referidos, contraria ainda o art. 5.º n.º 2, 3 e 4 do DL 24/2014 e constitui uma “operação de pagamento não autorizada”, nos termos do art. 65.º, n.ºs 1 e 3 do DL 317/2009 - cf. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 140, 166 e ss.

¹⁷⁴ P. ex., numa máquina de venda de bilhetes de transporte, a *default* ser um bilhete para trajectos mais longos.

¹⁷⁵ R. THALER – “Toward a Positive Theory...”, 1980, pp. 5 e ss.

agradável obtê-lo”,¹⁷⁶ resultado da *aversão* do ser humano às perdas.¹⁷⁷ Basicamente, esta figura consiste no facto de a *aversão às perdas* tornar os bens que nos pertencem mais valiosos, levando-nos, p. ex., a ser incapazes de os vendermos pelo mesmo valor que os adquirimos.¹⁷⁸

Como exemplos de práticas comerciais que explorem esta figura temos a possibilidade de o consumidor experimentar certo produto durante determinado período de tempo sem qualquer compromisso, podendo devolvê-lo e ser ressarcido caso não o aprecie, ou o caso de propostas contratuais de fornecimento continuado de serviços em que o consumidor não tem de despende qualquer quantia (ou tem um desconto substancial)¹⁷⁹ nos meses iniciais, o que, face aos custos de devolver o bem ou revogar o contrato, aumenta o seu valor e torna menos provável a sua devolução ou a revogação do contrato.¹⁸⁰

5.1.4. Efeito de enquadramento

A expressão *efeito de enquadramento* foi atribuída pela primeira vez por TVERSKY e KAHNEMAN para designar o facto de o modo como as opções são apresentadas influir determinantemente na decisão do consumidor.¹⁸¹ Ao notarem que em situações arriscadas, devido à *aversão às perdas*, as decisões dos indivíduos variavam consoante as opções configurassem resultados certos e fossem vistas em termos de ganhos ou perdas,¹⁸² TVERSKY e KAHNEMAN resolveram testar, de forma mais aprofundada,¹⁸³ os efeitos da apresentação de opções idênticas, mas enquadradas como ganhos ou perdas. Os resultados destas experiências confirmariam a robustez da influência deste tipo de *enquadramentos* – perante uma situação enquadrada em termos de ganhos, a maioria das pessoas escolherá a opção

¹⁷⁶ D. KAHNEMAN e A. TVERSKY – “Escolhas, valores e enquadramentos”, 2011, p. 586.

¹⁷⁷ D. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 385-387.

¹⁷⁸ *Id.*, *ibid.*

¹⁷⁹ D. ARIELY, *Predictably Irrational*, 2008, p. 137.

¹⁸⁰ R. THALER – “Toward a Positive Theory...”, 1980, p. 46.

¹⁸¹ A. TVERSKY e D. KAHNEMAN – “The Framing of Decisions...”, 1981, pp. 453 e ss.

¹⁸² A. TVERSKY e D. KAHNEMAN – “Prospect Theory...”, 1979, p. 268.

¹⁸³ Cf. D. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 483-484.

segura, fugindo ao risco; caso as opções estejam enquadradas em termos de perdas a maioria procurará a escolha arriscada.¹⁸⁴

Face à multiplicidade de modos pelos quais a *aversão às perdas* pode ser explorada têm surgido diversas classificações para a figura. A mais famosa é a proposta de LEVIN, SCHNEIDER e GAETH que vem acrescentar aos efeitos de enquadramento descobertos por TVERSKY e KAHNEMAN (os *efeitos de enquadramento em decisões arriscadas*) mais dois tipos distintos – os *efeitos de enquadramento de atributos* e os *efeitos de enquadramento de objetivos*.¹⁸⁵

Os *enquadramentos de atributos* caracterizam-se pela manipulação de um dos atributos da opção em causa em termos positivos (sucesso, saúde, magro) ou negativos (insucesso, doença, gordo), com vista a torná-la mais ou menos apelativa, e, assim, influenciar a decisão do consumidor.¹⁸⁶ Um caso famoso foi a experiência que consistiu em *enquadrar* os rótulos de diversas embalagens de carne picada como “carne 75% magra” ou “carne com 25% de gordura”, e em que a carne “magra” obteve comentários muito mais favoráveis.¹⁸⁷

O *enquadramento de objetivos*, diferentemente, refere-se à manipulação das informações por forma a realçar as consequências positivas ou negativas de escolher ou não determinada opção,^{188/189} tendo as segundas maior eficácia, em resultado da *aversão às perdas*. É, p. ex., o caso de um profissional advertir o consumidor das consequências negativas de não adquirir o seu produto.¹⁹⁰

Outra classificação muito importante de *efeitos de enquadramento* resulta das descobertas de THALER relativas à utilização dos princípios da *Teoria da Prospecção* e da *contabilidade mental* – a *integração e segregação de resultados e informações*.¹⁹¹

O recurso a este tipo de *enquadramentos* reveste particular interesse nos casos de resultados plurais (decisões com várias perdas, vários ganhos ou

¹⁸⁴ A. TVERSKY e D. KAHNEMAN – “The Framing of Decisions...”, 1981, p. 453.

¹⁸⁵ I. P. LEVIN, S. L. SCHNEIDER e G. J. GAETH – “All frames...”, 1998, p. 150.

¹⁸⁶ *Id.*, pp. 158 e ss.

¹⁸⁷ I. P. LEVIN e G. J. GAETH – “How Consumers...”, 1998, pp. 374-378.

¹⁸⁸ I. P. LEVIN, S. L. SCHNEIDER e G. J. GAETH – “All frames...”, 1998, p. 167.

¹⁸⁹ Sobre as diferenças entre ambos os *enquadramentos* – *Id.*, p. 168.

¹⁹⁰ Neste caso podemos estar perante uma PCD, nos termos do art. 8.º al. o) do DL 57/2008.

¹⁹¹ R. H. THALER – “Mental Accounting and Consumer Choice”, 2008, pp. 16-18 e 21-22.

combinações de ambos).¹⁹² Nestes casos, a forma mais eficaz de *enquadramento* consiste na *integração* (num único) ou *segregação* (em vários) de resultados.¹⁹³

A *integração de resultados* é utilizada nos casos de várias perdas ou de verificação simultânea de perdas e ganhos (superiores àquelas), em que, dada a referida *aversão* do consumidor, compensará aglutinar estes vários resultados num único, diminuindo ou afastando aquele efeito e tornando assim a proposta em causa mais atractiva.¹⁹⁴ O recurso a esta técnica ocorre, p. ex., nas propostas *all-included*, oferecidas por alguns hotéis; nos pacotes de telecomunicações com comunicações ilimitadas;¹⁹⁵ ou aquando da compra de automóveis ou imóveis, em que a indicação do valor total do bem torna mais fácil a aquisição de opções adicionais para o mesmo¹⁹⁶ (estando aqui também em causa o *princípio da sensibilidade diminuída*).¹⁹⁷

Inversamente, a segregação de resultados tem por base a predilecção do consumidor por ganhos, e deve ocorrer quando os resultados representem vários ganhos ou perdas seguidas de ganhos (inferiores àquelas).¹⁹⁸ Constituem exemplos do recurso a esta técnica algumas práticas utilizadas em *televendas*, como a apresentação dos artigos como sendo dotados de uma multiplicidade de funções ou a “oferta” de várias vantagens caso o consumidor ligue no momento em que é feito o anúncio¹⁹⁹ (a *that’s-not-all technique* combinada com a *escassez*, atrás analisadas).²⁰⁰

Existe, contudo, um caso particular que parece configurar uma excepção às ideias por detrás da *integração* e *segregação de resultados*. Referimo-nos à prática que consiste em anunciar que, p. ex., face às facilidades de pagamento, o custo de determinado produto corresponderá a apenas alguns cêntimos por dia,²⁰¹ a qual

¹⁹² *Id.*, *Ibid.*

¹⁹³ *Id.*, *Ibid.*

¹⁹⁴ *Id.*, *Ibid.*

¹⁹⁵ R. H. THALER – “Mental Accounting Matters”, 1999, pp. 192-193.

¹⁹⁶ R. H. THALER – “Mental Accounting and Consumer Choice”, 2008, p. 22.

¹⁹⁷ Cf. *supra* 5.

¹⁹⁸ R. H. THALER – “Mental Accounting and Consumer Choice”, 2008, pp. 16-18; 21.

¹⁹⁹ *Id.*, p. 21.

²⁰⁰ Cf. *supra* III, 3.2.

²⁰¹ Cf. J. T. GOURVILLE – “Pennies-a-day...”, 1998, pp. 395-408.

visa antes explorar o facto de a generalidade dos consumidores não contabilizar despesas muito pequenas,²⁰² não sentindo assim essas perdas.

Contudo, os casos de *efeito de enquadramento* não se ficam por aqui. A *aversão às perdas* pode ser explorada por diversas outras formas. É, assim, o que sucede, p. ex., quando os profissionais estabelecem, à partida, preços muito elevados para os produtos (ou quando os elevam momentaneamente) a fim de implementarem artificialmente práticas de redução de preços,²⁰³ quando definem preços terminados em .99\$ com o objectivo de levarem o consumidor a interpretá-los como mais baixos do que aquilo que são na realidade,²⁰⁴ quando recorrem a contratos promocionais com objecto plural, que têm o efeito de afastar a atenção do consumidor dos preços individuais de cada produto, publicitando muitas vezes que um deles é “grátis” ou “oferta”,^{205/206} ou ainda, quando esta referência é feita em relação a determinado bem ou serviço individuais.²⁰⁷

²⁰² R. H. THALER – “Mental Accounting Matters”, 1999, p. 194.

²⁰³ Com vista a impedir esta prática, o art. 5.º, n.º 2 do DL 70/2007 exigia que a redução do preço tivesse por referência “o preço mais baixo efectivamente praticado para o respectivo produto no mesmo local de venda, durante um período continuado de 30 dias anteriores ao início do período de redução”. O facto de esta disposição ter sido eliminada pelo DL 10/2015 veio permitir que a redução tenha por referência o último preço praticado (que pode ser o da “hora anterior”). Todavia, na medida em que o art. 5.º, n.º 1 daquele diploma prevê que a redução deve ser “real”, segundo J. MORAIS CARVALHO, sempre que a redução seja artificial deve considerar-se que estamos perante uma fraude à lei – J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, pp. 75-76. Neste tipo de casos estamos também perante uma PCD enganosa nos termos do art. 7.º, n.º 1, al. d) do DL 57/2008 – CE, *Orientações...*, 2016, p. 64.

²⁰⁴ Cf. E. T. ANDERSON e D. I. SIMESTER – “Effects of \$9 Price Endings...”, 2003, pp. 105 e ss.

²⁰⁵ D. ARIELY, *Predictably Irrational*, 2008, pp. 49 e ss.

²⁰⁶ De acordo com J. MORAIS CARVALHO, esta prática é intrinsecamente enganosa, na medida em que o consumidor é atraído para uma oferta apresentada como gratuita, quando, na verdade, o seu preço está integrado no preço do conjunto. Por conseguinte, segundo o autor, o legislador deveria proibi-la e estabelecer que quando o profissional se referir a um bem como gratuito, este possa ser exigido independentemente da celebração do contrato – J. MORAIS CARVALHO – “Reflexão...”, 2011, pp. 500, 518. De acordo com a CE, a principal preocupação do legislador europeu parece estar em que o profissional não suba artificialmente o preço do conjunto nem crie esquemas com vista a recuperar o valor do bem “oferecido”. Caso tal ocorra, estaremos perante a PCD prevista no art. 8.º, al. z) do DL 57/2008 – CE, *Orientações...*, 2016, pp. 99 e ss.

²⁰⁷ No que respeita a esta prática, convém referir que pode também estar em causa o art. 8.º, al. z) bem como os art.ºs 9.º e 10.º do DL 57/2008. Existe, contudo, um caso que merece especial referência – a publicitação de serviços como “gratuitos” quando, na verdade, são fornecidos em troca dos dados pessoais dos consumidores. Segundo a CE, esta prática pode-se enquadrar naquelas disposições legais – CE, *Orientações...*, 2016, pp. 103, 155. Qualificando este tipo de contratos como onerosos – J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 39.

5.1.5. Efeitos contextuais (efeito de atracção e efeito de compromisso)

Contrariamente ao que sustentavam as teorias da racionalidade económica,²⁰⁸ é hoje sabido que a particular configuração do leque de opções em jogo tem uma influência determinante nas escolhas do consumidor.²⁰⁹ Os *efeitos contextuais* correspondem a diferentes manifestações deste fenómeno, as quais têm por base o impacto que a inclusão de alternativas irrelevantes no conjunto de opções em jogo tem nas escolhas do consumidor.²¹⁰

Os mais importantes *efeitos contextuais* são o *efeito de atracção* e o *efeito de compromisso*.

O *efeito de atracção* corresponde ao facto de, num leque composto por duas escolhas, a inclusão de uma terceira opção que seja dominada por uma daquelas tornar esta possibilidade dominante como muito mais apelativa para o consumidor.²¹¹ P. ex., num caso em que o consumidor se encontre indeciso entre dois pacotes de viagens com tudo incluído para Paris ou Roma, a integração no leque de opções de um novo pacote de viagem a Roma, mas sem pequeno almoço, torna o pacote Roma com tudo incluído como a mais apelativa das três alternativas.²¹²

O *efeito de compromisso* traduz-se na circunstância de o consumidor, perante um determinado conjunto de opções, considerar as opções que sejam equilibradas no que toca a vantagens e desvantagens muito mais apelativas que as opções extremadas, isto é, opções que contenham grandes vantagens, mas também grandes desvantagens.²¹³ P. ex., num caso em que estejam em jogo dois modelos de determinado produto, um com um preço de 170€, e outro com um preço de 240€, a inclusão no conjunto de um terceiro modelo com um preço de 470€ faz com que a opção do meio se torne muito mais interessante.²¹⁴

²⁰⁸ A. TVERSKY e I. SIMONSON – “Context Dependent Effects”, 1993, pp. 1179-1180.

²⁰⁹ *Id.*, pp. 1180 e ss.

²¹⁰ *Id.*, p. 1187.

²¹¹ I. SIMONSON – “Choice Based on Reasons”, 1989, p. 160.

²¹² D. ARIELY, *Predictably Irrational*, 2008, p. 10.

²¹³ I. SIMONSON – “Choice Based on Reasons”, 1989, p. 161.

²¹⁴ A. TVERSKY e I. SIMONSON – “Context Dependent Effects”, 1993, p. 1183.

Em face dos seus efeitos, ambas as figuras podem ser exploradas por diversas formas – p. ex., pelos vendedores de imóveis ou de automóveis na escolha e ordem de apresentação dos bens que vão sugerir aos consumidores;²¹⁵ pelos profissionais retalhistas, pela forma como estabelecem a disposição e os preços das diversas categorias de produtos, quer nas lojas físicas, quer *on-line* (p. ex., pela ordem de resultados da pesquisa);²¹⁶ pelos profissionais da restauração, por meio da definição da ordem de apresentação dos preços²¹⁷ e das opções de tamanho das porções;²¹⁸ ou até pelas marcas, ao desenvolverem modelos que sabem que não serão vendidos, mas que terão o efeito de potenciar a venda de outros.²¹⁹

6. Processos mentais inconscientes – o efeito de impulsão

I. Com o surgimento das *Dual-Process Theories*, é hoje ponto assente que a mente humana é constituída pela *consciência*, mas também por um conjunto de mecanismos mentais, na sua maioria inconscientes, que operam de forma contínua em articulação com aquela e são essenciais nas nossas tomadas de decisão.²²⁰

Tendo em vista a prossecução de objectivos adaptativos, uma das formas pelas quais estas ferramentas inconscientes operam é através da determinação automática de comportamentos, a qual tem origem em quatro microssistemas – perceptivo, avaliativo, motivacional e emocional.²²¹

O microssistema perceptivo refere-se ao facto de estarmos psicológica e neurologicamente programados²²² para que as nossas percepções influenciem os nossos comportamentos, de modo automático e inconsciente.²²³ É o que se passa com a circunstância de nascermos com a capacidade inata de imitarmos os

²¹⁵ J. D. HANSON e D. A. KYSAR – “Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence...”, 1999, p. 1440.

²¹⁶ R. VAN LOO – “Helping Buyers Beware...”, 2015, pp. 1344-1345.

²¹⁷ P. ex., a colocação estratégica de preços de produtos que vão fazer com que os outros pareçam menos caros – B. WANSINK e K. LOVE – “Slim By Design...”, 2014, p. 138

²¹⁸ P. ex., a criação de diversas embalagens gigantes com vista a que o consumidor considere mais facilmente opções intermédias maiores, e mais caras.

²¹⁹ P. ex., a junção de um produto muito caro à linha de produtos de certa marca a fim de tornar as gamas intermédias mais atractivas – R. VAN LOO – “Helping Buyers Beware”, 2015, p. 1345.

²²⁰ Cf. *supra* n. 7.

²²¹ J. A. BARGH e E. MORSELLA – “Unconscious Behavioral...”, 2009, pp. 6 e ss.

²²² *Id.*, pp. 7, 8, 11 e 12.

²²³ J. A. BARGH e T. L. CHARTRAND – “The Unbearable...”, 1999, pp. 465-466.

comportamentos de quem nos rodeia ou de com quem interagimos,²²⁴ ligada à *prova social* e aos *contágios comportamentais*,²²⁵ mas também com o facto de a percepção das características ou comportamentos dos outros ou de pistas que os evoquem, como palavras ou imagens, conduzir à activação de estereótipos sociais e traços comportamentais que despoletam a adopção inconsciente de comportamentos.²²⁶ P. ex., a activação do estereótipo “idoso” levou voluntários numa experiência a andar mais devagar.²²⁷

O segundo microssistema, o avaliativo, parte da ideia de que temos gostos, preferências e modos de agir inconscientes que resultam da evolução adaptativa das espécies²²⁸ (embora ampliadas pela nossa experiência pessoal e aprendizagem)²²⁹ e que nos guiam de forma automática em todas as nossas avaliações e decisões.²³⁰ P. ex., tendemos a gostar mais daqueles que são parecidos connosco e vice-versa.

O terceiro microssistema, o motivacional, abrange os mecanismos mentais responsáveis pelos nossos objectivos.²³¹ Uma vez que à semelhança dos estereótipos e traços comportamentais, os objectivos do ser humano consistem em representações mentais (do objectivo e dos meios para os atingir), é igualmente possível activá-los e prosseguir-los por intermédio de processos mentais inconscientes desencadeados por estímulos ambientais.²³² P. ex., perguntar a um consumidor qual a sua preferência relativamente a certo produto activa a disposição “consumo”, aumentando a probabilidade de compra.²³³

Por fim, o sistema emocional reporta-se ao facto de os nossos estados emocionais poderem dar azo a alterações automáticas dos nossos comportamentos sem que nos apercebamos desse efeito. P. ex., a tristeza pode-nos levar

²²⁴ A. DIJKSTERHUIS *et al* – “The Unconscious Consumer...”, 2005, p. 195.

²²⁵ J. A. BARGH e E. MORSELLA – “Unconscious Behavioral...”, 2009, p. 9.

²²⁶ A. DIJKSTERHUIS *et al* – “The Unconscious Consumer...”, 2005, pp. 196-197.

²²⁷ J. A. BARGH e T. L. CHARTRAND – “The Unbearable...”, *cit.*, p. 466.

²²⁸ J. A. BARGH e E. MORSELLA – “Unconscious Behavioral...”, 2009, p. 12.

²²⁹ T. D. WILSON, *Strangers to Ourselves*, 2002, pp. 88-89.

²³⁰ J. A. BARGH e E. MORSELLA – “Unconscious Behavioral...”, 2009, p. 12.

²³¹ *Id.*, p. 14.

²³² J. A. BARGH e T. L. CHARTRAND – “The Unbearable...”, 1999, p. 468.

²³³ A. J. XU e R. S. WYER JR. – “The Effect of Mind-sets...”, 2007, p. 556.

inconscientemente a pagar mais por determinado produto, ou a vendê-lo por menos.²³⁴

Apesar de estes quatro sistemas desempenharem importantes funções adaptativas, as suas características podem ser exploradas por meio da *persuasão supraliminar* e da famosa *persuasão subliminar*.

II. A *persuasão supraliminar* consiste na utilização de estímulos ambientais que são percebidos conscientemente pelo consumidor, mas que influenciam os seus comportamentos de modo indetectável, dado se basearem no funcionamento dos quatro sistemas referidos.²³⁵ Referimo-nos, essencialmente, às técnicas da *impulsão (priming)*, as quais consistem, basicamente, no recurso a estímulos como palavras, imagens, sons, cheiros, cores, comportamentos individuais, etc., com o intuito de activar determinado processo mental que conduza a certo comportamento.²³⁶ P. ex., um profissional, ao dialogar com um consumidor, imitar os seus movimentos físicos de modo a que este o avalie mais positivamente.²³⁷

É também neste contexto que se insere o *marketing sensorial* e os *atmosféricos*, isto é, a utilização de estímulos sensoriais na promoção de bens e serviços e no *design* de ambientes comerciais (físicos ou virtuais) com o objectivo de potenciar (muitas vezes de modo inconsciente) comportamentos de consumo.²³⁸

Existem vários casos de *atmosféricos* que são criados como o fim de despoletar processos mentais inconscientes. Por motivos de espaço cingir-nos-emos aos exemplos mais importantes²³⁹ – a música; os cheiros e aromas; os *atmosféricos* ligados ao *design* do espaço comercial e seus elementos; o uso das cores.

Assim, no que respeita à música, foi demonstrado, p. ex., que o seu *tempo* (rápido ou lento), o seu *estilo* (música clássica ou *pop*) ou a sua nacionalidade (francesa ou alemã) podem ser utilizados para influenciar, respectivamente, a

²³⁴ J. A. BARGH e E. MORSELLA – “Unconscious Behavioral...”, 2009, pp. 18 e ss.

²³⁵ J. A. BARGH – “Losing Consciousness...”, 2002, p. 282.

²³⁶ Cf. A. DIJKSTERHUIS *et al* – “The Unconscious Consumer...”, 2005, pp. 194 e ss.

²³⁷ R. B. CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 171.

²³⁸ P. KOTLER – “Atmospherics...”, 1973-1974, p. 50.

²³⁹ Para uma sùmula das diversas categorias de *atmosféricos* que podem existir - L. W. TURLEY e R. E. MILLIMAN – “Atmospheric Effects...”, 2000, pp. 194 e ss.

velocidade com que nos movimentamos no espaço comercial e o tempo em que nele permanecemos,²⁴⁰ o quanto gastamos (música clássica está associada a sofisticação, logo a maior dispendio),²⁴¹ ou o tipo de vinho que compramos (francês ou alemão).²⁴²

No que se refere à utilização dos cheiros e aromas é hoje sabido, p. ex., que cheiros agradáveis levam o consumidor a permanecer mais tempo no espaço comercial e a avaliar mais positivamente a loja/marca e os seus produtos.²⁴³

Outro tipo de *atmosféricos* refere-se àqueles que estão ligados ao *design* do espaço comercial e seus elementos. É o caso, p. ex., de as dimensões dos carrinhos e cestos dos hipermercados (largos e fundos) terem em vista levar os consumidores a comprar mais,²⁴⁴ de os corredores desse tipo de estabelecimentos serem longos e projectados como “labirintos”²⁴⁵ com o fim de potenciarem o consumo,²⁴⁶ ou de os bens essenciais serem colocados nas zonas mais afastadas das saídas por forma a obrigar o consumidor a passar por toda a loja.²⁴⁷

Ainda neste campo, impõe-se uma referência à capacidade da utilização das cores na determinação de comportamentos. Diversos estudos indicam que por meio das cores é possível influenciar (inconscientemente) o consumidor praticamente a todos os níveis - desde o apetite, à atenção e às emoções.²⁴⁸ Assim, p. ex., é hoje sabido que o azul induz calma e prazer,²⁴⁹ que o vermelho induz excitação e abre o apetite,²⁵⁰ e que esta cor e o amarelo aumentam a sociabilidade dos consumidores.²⁵¹ Por outro lado, as cores podem estar também associadas a determinados significados, que podem ser explorados – é o caso, p. ex., de os

²⁴⁰ R. E. MILLIMAN – “Using Background Music...”, 1982, pp. 87 e ss.

²⁴¹ A. C. NORTH, A. SHILCOCK e D. J. HARGREAVES – “The Effect of Musical Style...”, 2003, pp. 712-718.

²⁴² A. C. NORTH, D. J. HARGREAVES e J. MCKENDRICK – “In-store music...”, 1997, p. 132.

²⁴³ S. I. BECHER e Y. FELDMAN – “Manipulating, Fast and Slow...”, 2016, pp. 122 e ss.

²⁴⁴ <https://consumerist.com/2014/02/07/do-super-sized-shopping-carts-equal-super-sized-bills/> acedido em 09/03/2018.

²⁴⁵ Sobre o *design* dos espaços comerciais de uma conhecida marca de mobiliário, cf. A. PENN – “The complexity...”, 2005.

²⁴⁶ J. D. HANSON e D. A. KYSAR – “Taking Behaviorism Seriously: Some Evidence...”, 1999, pp. 1446-1447.

²⁴⁷ *Id.*, *ibid.*

²⁴⁸ S. I. BECHER e Y. FELDMAN – “Manipulating, Fast and Slow...”, 2016, p. 119.

²⁴⁹ M. R. SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, p. 197.

²⁵⁰ *Id.*, *ibid.*

²⁵¹ *Id.*, p. 198.

profissionais adoptarem a cor verde para as embalagens dos seus produtos, dado estar associada a preocupações ambientais,²⁵² ou de profissionais ligados a produtos com riscos para a saúde escolherem para esses produtos embalagens com cores suaves, como branco ou azul bebé, uma vez que estão associadas a estímulos inofensivos.²⁵³

III. A famosa *persuasão subliminar* não se afasta muito da *persuasão supraliminar*. Aquela consiste, basicamente, no recurso aos mesmos métodos utilizados nas técnicas da *impulsão*. A diferença fundamental entre ambas está no facto de na *persuasão subliminar* aqueles estímulos serem utilizados de modo imperceptível para a consciência, através, p. ex., de imagens muito rápidas ou dissimuladas no ambiente.^{254/255} Apesar de ao longo da história ter alimentado muitos receios e inspirado o desenvolvimento de normas legais que a proíbem,²⁵⁶ a sua eficácia é muito mais limitada do que aquilo que se pensa.²⁵⁷

7. Factores viscerais

A expressão *factores viscerais* deve a sua autoria a GEORGE LOEWENSTEIN e visa designar um conjunto composto por determinados mecanismos cognitivos que, face aos seus traços gerais, assumem uma importante influência no processo de decisão do ser humano. São eles as pulsões e motivações (o facto de sentirmos fome, sede, desejo sexual ou podermos ficar fisicamente dependentes de substâncias), as emoções e a dor física.²⁵⁸

Com vista à prossecução de objectivos adaptativos, os *factores viscerais* resultam de *impulsos* e *instintos* que têm origem em mecanismos reguladores que o organismo dispõe de forma inata²⁵⁹ (embora temperada pelos processos de

²⁵² M. L. BERMAN – “Manipulative Marketing...”, 2015, pp. 530 e ss.

²⁵³ *Id.*, *Ibid.*

²⁵⁴ J. A. BARGH – “Losing Consciousness...”, 2002, p. 282.

²⁵⁵ Sobre as influências *subliminares*, cf. A. DIJKSTERHUIS, H. AARTS e P. K. SMITH – “The Power of the Subliminal...”, 2006, pp. 77-104.

²⁵⁶ Entre nós, o art. 60.º CRP e o art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do CPub.

²⁵⁷ A. DIJKSTERHUIS, H. AARTS e P. K. SMITH – “The Power of the Subliminal...”, 2006, pp. 92 e ss.

²⁵⁸ G. LOEWENSTEIN – “Out of Control...”, 1996, p. 272.

²⁵⁹ A. DAMÁSIO, *O Erro de Descartes*, 2014, pp. 160 e ss.

educação e aculturação²⁶⁰) para identificar carências biológicas²⁶¹ e classificar e catalogar estímulos existentes nos ambientes que o ser humano frequenta ou nas situações que este represente mentalmente.²⁶²

Nesta medida, da intervenção dos *factores viscerais* resultam normalmente comportamentos e decisões essenciais à nossa vida e, como tal, conformes com a racionalidade.²⁶³ Todavia, há muito que se sabe que estes mesmos mecanismos conduzem muitas vezes o ser humano a decisões muito contrárias aos seus melhores interesses.^{264/265}

Face a esses efeitos, são diversos os casos de estratégias de persuasão que têm por objecto este tipo de reacções, tendo nós por principais exemplos determinadas técnicas que têm por fim aumentar a *saliência* dos produtos e os *atmosféricos*.

No que toca às primeiras referimo-nos, p. ex., ao recurso a fotografias, vídeos, expressões, os quais podem ser directamente concebidos para despertar determinado *factor visceral*, como a fome (ou a pulsão por açúcar), ou certas emoções.

Relativamente aos *atmosféricos*, temos em mente, p. ex., a utilização de cores como o vermelho, capaz de induzir excitação e abrir o apetite;²⁶⁶ de cheiros (artificiais ou naturais), como o cheiro a pão acabado de fazer (ou café acabado de moer) ou a comida, capazes também de despoletar emoções ligadas à evocação de memórias agradáveis;²⁶⁷ das ofertas de comida nos hipermercados, cuja verdadeira função é despoletar o funcionamento das glândulas salivares dos consumidores, potenciando dessa forma o consumo;²⁶⁸ do *design* do espaço – em que os produtos

²⁶⁰ *Id.*, pp. 170-174.

²⁶¹ *Id.*, pp. 161-162.

²⁶² P. ex., qualificando certo estímulo como perigoso (gerando as sensações físicas ligadas ao medo) ou certa decisão como positiva (associando-a a sensações agradáveis).

²⁶³ G. LOEWENSTEIN – “Out of Control...”, 1996, p. 273.

²⁶⁴ G. LOEWENSTEIN – “Emotions...”, 2000, pp. 426-427.

²⁶⁵ Sobre as causas deste fenómeno, cf. G. LOEWENSTEIN – “Out of Control...”, 1996, pp. 273- 276; G. LOEWENSTEIN – “Emotions...”, 2000, p. 428.

²⁶⁶ Cf. *supra* n. 252.

²⁶⁷ Tal evocação pode ser feita também por meio de outros estímulos, como músicas – M. R. SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, pp. 200-203.

²⁶⁸ <http://www.bonappetit.com/test-kitchen/how-to/article/supermarket-psychology>, acedido em 09/03/2018.

capazes de despoletar *factores viscerais* estão estrategicamente colocados, em *ilhas* e junto às caixas; ou ainda, do recurso a luzes capazes de tornar os produtos mais visualmente apelativos.²⁶⁹

No caso específico das emoções, refira-se ainda técnicas como a colocação estratégica das personagens nas caixas de cereais de modo a estabelecer contacto visual com as crianças, despoletando sentimentos de confiança e conexão com a marca;²⁷⁰ ou os casos em que os próprios representantes dos profissionais podem, por meio da sua forma de interacção, despoletar no consumidor certos estados emocionais que o deixem mais impulsivo.

Em segundo lugar, o próprio *enquadramento* das opções como perdas²⁷¹ ou o aumento da *saliência* da possibilidade destas influencia emocionalmente o consumidor.²⁷²

Por fim, de acordo com GRISKEVICIUS *et al*, a função adaptativa de cada emoção pode ser aproveitada por técnicas de persuasão que potenciem as *armas de influência* de CIALDINI. P. ex., o medo leva-nos a agir mais de acordo com a maioria, tornando-nos mais permeáveis à *prova social*.²⁷³

²⁶⁹ *Id.*

²⁷⁰ S. I. BECHER e Y. FELDMAN – “Manipulating, Fast and Slow...”, 2016, p. 124.

²⁷¹ Cf, *supra* 5.1.4.

²⁷² Tal é reconhecido pelo DL 57/2008 – cf. art. 8.º, al. o) e art. 12.º, al. g).

²⁷³ V. GRISKEVICIUS *et al* – “Fear and Loving in Las Vegas...”, 2009, p. 386.

IV. Força de vontade limitada (o depauperamento do ego)

Para além dos desvios à racionalidade atrás enunciados, o ser humano afasta-se do modelo do *homo economicus* também pelo facto de a sua força de vontade ou poder de autocontrolo²⁷⁴ serem limitados – *bounded willpower*.²⁷⁵

Nas últimas décadas, importantes correntes da Psicologia contemporânea²⁷⁶ têm vindo a sustentar que muitas das faltas de autocontrolo do ser humano resultam de um fenómeno denominado *depauperamento do ego*, o qual se traduz no facto de as capacidades de autocontrolo do ser humano decrescerem à medida que são utilizadas.²⁷⁷ Sendo o autocontrolo a mais importante defesa que o consumidor tem ao seu dispor, um mecanismo que o limite ou afaste representa uma importante fragilidade, uma vez que o deixa à mercê das vulnerabilidades atrás analisadas. Tal ideia foi evidenciada por autores como POCHEPSOVA *et al*²⁷⁸ e VOHS e FABER²⁷⁹ que, a propósito do comportamento do consumidor, constataram que o *depauperamento do ego* o deixa mais impulsivo,²⁸⁰ menos apto a detectar propostas pouco vantajosas²⁸¹ e mais vulnerável a *enviesamentos*.²⁸²

Tendo noção destes aspectos, alguns profissionais têm desenvolvido técnicas que visam explorar os seus efeitos. É o caso da tática que consiste em convidar o consumidor a deslocar-se a um local, onde é submetido a longas esperas e questionários, a fim de *depauperá-lo* e obter mais facilmente a sua aceitação de determinada proposta.²⁸³

Esta realidade, aliada aos desenvolvimentos tecnológicos que caracterizam o comércio do séc. XXI, designadamente os modernos sistemas de recolha e

²⁷⁴ Sobre o poder de autocontrolo, cf. M. INZLICHT, B. J. SCHMEICHEL e C. N. MACRAE – “Why self-control...”, 2014, p. 127.

²⁷⁵ C. JOLLS, C. SUNSTEIN e R. THALER – “A Behavioral Approach...”, 1998, p. 1479.

²⁷⁶ Referimo-nos à *Resource Theory* de R. BAUMEISTER e ao *Process Model* de M. INZLICHT e B. J. SCHMEICHEL. Cf. R. F. BAUMEISTER *et al* – “Ego Depletion...”, 1998, e M. INZLICHT e B. J. SCHMEICHEL – “Beyond limited resources...”, 2016.

²⁷⁷ R. F. BAUMEISTER *et al* – “Ego Depletion...”, 1998, p. 1252.

²⁷⁸ A. POCHEPSOVA *et al* – “Deciding Without Resources...”, 2007, pp. 5 e ss.

²⁷⁹ K. VOHS e R. J. FABER – “Spent Resources...”, 2007, pp. 537-547.

²⁸⁰ *Id.*, pp. 544-545.

²⁸¹ *Id.*, *Ibid.*

²⁸² A. POCHEPSOVA *et al* – “Deciding Without Resources...”, 2007, pp. 5 e ss.

²⁸³ Neste caso pode estar em causa a PCD agressiva prevista no art.º 12.º al. a) ou uma PCD agressiva nos termos gerais do art. 11.º, n.ºs 1 e 2, al. a) do DL 57/2008.

tratamento de dados, tem deixado estudiosos como LEVY²⁸⁴ ou CALO²⁸⁵ bastante apreensivos no que respeita ao potencial lesivo da figura.

²⁸⁴ N. LEVY, *Neuroethics*, 2007, pp. 153-154.

²⁸⁵ R. CALO – “Digital Market Manipulation”, 2014, p. 996.

V. Condicionantes

Uma vez analisado este conjunto de vulnerabilidades do processo de decisão do consumidor, cumpre referir dois factores que podem afectar a sua capacidade de influência – o ambiente concreto da decisão e a utilização das novas tecnologias.

1. Diferenças individuais e factores situacionais

De acordo com os desenvolvimentos das *Dual-Process Theories*, as diversas vulnerabilidades que analisamos correspondem a realidades universais, isto é, que são comuns à generalidade dos indivíduos.²⁸⁶ Todavia, a sua capacidade de conduzir o consumidor a más decisões depende de vários factores – em particular, das diferenças cognitivas individuais e do contexto da decisão em jogo.

No que respeita às diferenças individuais, referimo-nos quer ao facto de as capacidades dos mecanismos que podem contrariar os seus efeitos (em particular, a inteligência²⁸⁷) poderem variar muito de indivíduo para indivíduo, quer à circunstância de as influências culturais e sociais, a educação e experiência de vida de cada um influírem determinantemente na configuração mental de cada um.²⁸⁸

Relativamente aos aspectos situacionais, temos em mente, p. ex., o *envolvimento* do consumidor na decisão,²⁸⁹ o seu estado emocional, ou o tempo para tomar a decisão, os quais, como vimos, têm um papel essencial, quer na determinação dos mecanismos envolvidos no processo de decisão, quer no seu resultado final.

²⁸⁶ K. E. STANOVITCH e R. WEST – “On the Relative Independence...”, 2008, p. 672.

²⁸⁷ Note-se, no entanto, que estudos recentes comprovam que determinadas *heurísticas* e *enviesamentos* podem ser difíceis de superar, na medida em que não podem ser afastadas pela inteligência, mas apenas por estratégias específicas dificilmente adquiridas apenas com a experiência de vida – é o caso da *ancoragem* ou da *falácia dos custos perdidos* – *Id.*, pp. 686 e ss.

²⁸⁸ Cf. D. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 19-22; 40.

²⁸⁹ Sobre o conceito de *envolvimento* cf. *supra* n. 22.

2. Novas tecnologias

2.1. Digital Market Manipulation

A *Digital Market Manipulation* corresponde a uma expressão da autoria de R. CALO ligada ao impacto que as novas tecnologias de recolha e tratamento de dados (*Big Data*) podem ter na manipulação do consumidor.²⁹⁰ Para o autor, dado o potencial destas tecnologias, o conjunto de vulnerabilidades e técnicas que analisamos até aqui poderá ser apenas a ponta do *iceberg*.²⁹¹

Segundo CALO, em face da generalização dos dispositivos que permitem o acesso à Internet a qualquer momento e, cada vez mais, em qualquer lugar, o consumidor do séc. XXI caracteriza-se por ser um “consumidor mediado”, que intervém no mercado por meio de tecnologia criada por outrem.²⁹² Deste fenómeno resultam enormes benefícios para o consumidor, como, p. ex., a maior facilidade no acesso a bens e serviços e à informação acerca das características destes e dos profissionais que os produzem e/ou comercializam.²⁹³ Todavia, é também responsável pelos factores que permitem que a *Digital Market Manipulation* possa ser uma realidade.²⁹⁴

Em primeiro lugar, essa mesma tecnologia possibilita, em tempo real e de modo imperceptível, a recolha e gravação de diversos tipos de dados relativos ao consumidor, os quais podem ir até ao mais ínfimo pormenor – desde os sites que visitou, as informações que consultou e o tempo que demorou, até ao seu estado emocional, ou a sua localização geográfica.²⁹⁵ A estes enormes complexos de informação, muitas vezes completados por outros tipos de dados, (p. ex., adquiridos em cartões de cliente ou a terceiros) são aplicados complexos algoritmos que permitem aos profissionais a detecção de diversas categorias de padrões de comportamento individuais, e, assim, a criação de perfis psico-

²⁹⁰ R. CALO – “Digital Market Manipulation”, 2014, pp. 995 e ss.

²⁹¹ *Id.*, p. 1049.

²⁹² *Id.*, pp. 1002 e ss.

²⁹³ *Id.*, p. 1005.

²⁹⁴ *Id.*, pp. 1003 e ss.

²⁹⁵ *Id.*, p. 1004.

comportamentais para cada um de nós.²⁹⁶ Através destes perfis, vão conseguir não apenas compreender os comportamentos presentes e prever os comportamentos futuros dos consumidores (o *modelling*),²⁹⁷ como saber quais daqueles (consumidores e comportamentos) são mais ou menos lucrativos, e em que momentos.²⁹⁸

Para além de tudo isto, esses mesmos profissionais têm a capacidade de alterar, em cada momento, o *design* do ambiente virtual (e, cada vez mais, o ambiente físico) adaptando-o como bem entendem.²⁹⁹ Com esta possibilidade, podem, em cada instante, através de algoritmos, adaptar o ambiente virtual com vista a adequá-lo ao perfil individual de cada consumidor (o *morphing*).³⁰⁰ E com uma agravante – as reacções destes às alterações do *design* podem ser aferidas (e modificadas) em tempo real através de *Testes A/B* indetectáveis.^{301/302}

Face a este panorama, diz-nos CALO que não só é perfeitamente possível às firmas descobrirem novas vulnerabilidades do processo de decisão do consumidor, como identificarem aquelas que são mais vincadas em cada um de nós e adaptarem a realidade virtual (ou física) a essas informações, despoletando comportamentos e aumentando os lucros.³⁰³ P. ex., saber qual o momento em que os consumidores se sentem mais vulneráveis ou *depauperados* e utilizar essa informação para implementar estratégias comerciais direccionadas.³⁰⁴

Segundo HILDEBRANDT, a utilização de perfis suscita ainda outras questões – o facto de o consumidor não ter modo de saber o que consta do seu perfil, não o

²⁹⁶ *Id.*, *Ibid.* O detalhe destes perfis é assustador. De acordo com TUFEKCI, cada perfil pode conter cerca de 3000 pontos diferentes sobre a pessoa em causa - Z. TUFEKCI – “Engineering the Public...”, 2014, p. 13.

²⁹⁷ P. ex., apenas através dos “gostos” do Facebook, é possível aferir (*model*) diversas características do consumidor – orientação sexual, etnia, religião, preferências políticas, inteligência, felicidade, etc. – Z. TUFEKCI – “Engineering the Public...”, 2014, p. 17.

²⁹⁸ CALO relata-nos até a existência de vendas de *sucker lists*, isto é, de listas de dados de consumidores vulneráveis – R. CALO – “Digital Market Manipulation”, 2014, p. 1015, n. 115.

²⁹⁹ *Id.*, p. 1004.

³⁰⁰ *Id.*, p. 1017.

³⁰¹ Trata-se de estudos feitos em tempo real, sem que os consumidores saibam, em que as reacções destes a alterações em determinado estímulo (*design* de um *site*, um produto etc.) são comparadas às reacções de um grupo de controlo – *Id.*, p. 1015, n. 114.

³⁰² Para uma análise dos estudos mais famosos, cf. C. PUSCHMANN e E. BOZDAG – “Staking out...”, 2014, pp. 1-15.

³⁰³ R. CALO – “Digital Market Manipulation”, 2014, pp. 1010, 1017.

³⁰⁴ *Id.*, p. 996.

podendo contestar;³⁰⁵ ou a circunstância de, ao ser tratado com base no perfil, começar aos poucos a agir de acordo com ele, sofrendo uma deformação na sua identidade.³⁰⁶

Para a BEUC, o Direito do Consumo Europeu existente está preparado para lidar com este tipo de questões, sugerindo, no entanto, que a CE forneça orientações sobre a melhor forma de o fazer. Todavia, aponta, à partida, que práticas comerciais que se baseiem neste tipo de técnicas podem, em certos casos, ser consideradas *influência indevida*, nos termos dos art.^{os} 11.º, n.º 1 e 3.º, al. j) do DL 57/2008.³⁰⁷

No que toca a esta temática, a CE, ciente dos riscos destas técnicas, remete-nos para os art.^{os} 14.º, al. b) e 15.º da Directiva 95/46/CE³⁰⁸ (que serão substituídos, a partir de 25 de Maio de 2018, pelo art. 21.º, n.^{os} 2 e 3 e pelo art. 22.º do Reg. (UE) 2016/679) que atribuem ao direito do titular dos dados o direito de se opor ao tratamento dos seus dados para efeitos de *marketing* directo (art. 14.º, al. b)) bem como o direito de “qualquer pessoa a não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados (...)”.³⁰⁹ Por outro lado, confirma-nos que o uso destas técnicas pode conduzir a casos de *influência indevida*³¹⁰ ou outras práticas agressivas como “comunicações persistentes e não solicitadas” (art. 12.º al. c) do DL 57/2008).³¹¹

Apesar destas propostas, parece-nos que este constitui o maior desafio neste campo. Em primeiro lugar, ninguém sabe o que os dados escondem sobre o comportamento do consumidor, nem as formas como estão a ser utilizados, o que cria um enorme fosso entre profissionais e reguladores.³¹² Em segundo lugar,

³⁰⁵ M. HILDEBRANDT – “Legal Protection by Design...”, 2011, p. 7.

³⁰⁶ *Id.*, pp. 7-8.

³⁰⁷ BEUC, *Data Collection...*, 2010, pp. 5-6.

³⁰⁸ Transpostos pela Lei n.º 67/98 – art.^{os} 12.º, al. b) e 13.º, n.º 1.

³⁰⁹ CE, *Orientações...*, 2016, pp. 159 e 160.

³¹⁰ P. ex., ao saber que o consumidor tem pouco tempo para adquirir um bilhete de avião, indicar falsamente que já existem poucos disponíveis – *Id.*, *Ibid.*

³¹¹ *Id.*, *Ibid.*

³¹² Para VAN LOO, a única solução quer permitiria equilibrar posições seria legislar no sentido de os reguladores poderem colectar os dados internos das firmas, p. ex., resultados de experiências – cf. R. VAN LOO – “Helping Buyers Beware...”, 2015, pp. 1323, 1382 e ss. Trata-se de uma medida de difícil implementação.

temos muitas dúvidas que o uso da psicologia permita afastar práticas comuns, como os *atmosféricos*, tidas habitualmente por *negligenciáveis*,³¹³ ainda que, face ao uso desses dados, se tornem tremendamente eficazes.³¹⁴ Em terceiro lugar, a enorme sofisticação desses profissionais, capazes de testar e implementar novas técnicas diariamente³¹⁵ torna quase impossível a sua regulação.

2.2. Consumer Neuroscience e Neuromarketing

A Neurociência consiste no estudo do sistema nervoso com o objectivo de alcançar a compreensão das raízes biológicas do comportamento.³¹⁶

Dado o seu potencial, nas últimas décadas, as suas técnicas e métodos foram importadas/os para o estudo do comportamento do consumidor, dando origem a duas disciplinas – a *Consumer Neuroscience* e o *Neuromarketing*.

Basicamente, o que está aqui em causa é o recurso a equipamentos, como a ressonância magnética funcional (fMRI) ou o electroencefalograma (EEG), com vista a aferir, através de estudos, a “real” reacção do consumidor (as áreas do cérebro que são, ou não, activadas) a estímulos ligados ao consumo.³¹⁷ Contudo, se a primeira daquelas disciplinas tem objectivos eminentemente académicos de compreensão do comportamento do consumidor, já a segunda, ao ser prosseguida por empresas privadas que utilizam as Neurociências para compreender como podem os produtos e serviços dos seus clientes ficar mais apelativos para o consumidor, tem propósitos exclusivamente comerciais.³¹⁸

A sua utilização, em particular no que toca ao *Neuromarketing*, dado o secretismo que envolve os seus estudos,³¹⁹ tem, todavia, suscitado enormes preocupações e debates éticos face aos riscos que representa³²⁰ quer para a saúde e privacidade dos voluntários que aceitam realizar esses testes,³²¹ quer para a saúde,

³¹³ Cf. *infra* VI, 3.4.2.

³¹⁴ P. ex., o *design* das etiquetas de preços - R. VAN LOO – “Helping Buyers Beware...”, 2015, p. 1333.

³¹⁵ *Id.*, p. 1361.

³¹⁶ H. PLASSMAN, T. ZOËGA RAMSØY e M. MILOSAVLJEVIC – “Branding the brain...”, 2012, p. 18.

³¹⁷ *Id.*, p. 19.

³¹⁸ *Id.*, *Ibid.*

³¹⁹ A. JAVOR *et al* – “Neuromarketing and Consumer Neuroscience...” 2013, pp. 7-8.

³²⁰ Y. I. ULMAN, T. ÇAKAR e G. YILDIZ – “Ethical Issues in Neuromarketing...”, 2015, pp. 1276 e ss.

³²¹ *Id.*, *Ibid.*

privacidade, autonomia e autodeterminação de todos os consumidores (em particular, os mais vulneráveis),³²² especialmente, neste último caso, se as suas técnicas forem combinadas com os métodos ligados à análise e tratamento de dados. Segundo ARIELY e BERNs, embora ainda estejamos longe do verdadeiro potencial do *Neuromarketing*, existe, em teoria, a possibilidade de algumas destas preocupações se poderem vir a materializar no futuro.³²³

De todo o modo, os mais relevantes Códigos de Ética aplicáveis ao sector – Código NMSBA (específico) e Código CCI/ESOMAR postulam no sentido de existir elevada diligência ética na condução das experiências científicas (cf. art. 1.º Código NMSBA e art. 1.º Código CCI/ESOMAR).

Isto não impediu que, face a toda esta controvérsia, o Estado Francês, a fim de evitar manchar o bom nome das Neurociências junto da opinião pública,³²⁴ tenha vindo dispor que o recurso às Neurociências apenas seja admitido para fins médicos, de pesquisa científica ou judiciais – art. 45.º da LOI n.º 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, que introduz o art. 16.º, n.º 14 do CC francês.

Também a FTC norte-americana tem procurado aferir os contornos da utilização das Neurociências no *marketing*.³²⁵

De que tenhamos conhecimento, as instituições da UE ainda não se debruçaram sobre esta questão no âmbito da protecção do consumidor.

³²² *Id.*, *Ibid.*

³²³ Cf. D. ARIELY e G. S. BERNs – “Neuromarketing...”, 2010, pp. 287 e ss.

³²⁴ O. OULLIER – “Clear up this fuzzy...”, 2012, p. 7.

³²⁵ <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/review-food-marketing-children-and-adolescents-follow-report/121221foodmarketingreport.pdf> - p. 15.

VI. Mecanismos de protecção do consumidor

1. Considerações Gerais

Após a análise deste importante leque de limitações do processo de decisão do consumidor descobertas pela Psicologia, bem como das diversas técnicas que lhes podem ser direccionadas por parte dos profissionais e das eventuais reacções do Direito do Consumo às mesmas, constatámos que muitas daquelas limitações e técnicas, apesar de restringirem de modo efectivo a autonomia contratual do consumidor (em particular, a sua *liberdade de celebração*), parecem não ser objecto de qualquer tutela por parte do Direito.

Poderá legitimamente pensar-se que, talvez face ao carácter sub-reptício que define as realidades psicológicas estudadas, estas tenham passado despercebidas ao legislador europeu.

Contudo, não é assim. Desde 2008/2009,³²⁶ que as instituições europeias,³²⁷ em particular a CE, no cumprimento do art. 114.º, n.º 3 do TFUE,³²⁸ se têm debruçado de modo bastante intenso sobre aquele conjunto de limitações, à luz dos chamados *behavioural insights*.³²⁹ Deste fenómeno tem resultado a criação de laboratórios e departamentos ligados a estas matérias, quer no âmbito da CE, quer em diversos E.M. da UE,³³⁰ com vista ao desenvolvimento de estudos que têm por fim a implementação dos conhecimentos ligados aos *BI's* em políticas europeias ou estaduais nos mais diversos sectores. De acordo com o relatório de 2016 da *Foresight and Behavioural Insights Unit* do *Joint Research Centre* da CE, até à data foram implementadas no seio da UE mais de 200 iniciativas políticas baseadas

³²⁶ J. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, pp. 4, 37. R. VAN BAVEL *et al*, *Applying Behavioural Sciences...*, 2013, p. 8.

³²⁷ Também a OCDE e o Banco Mundial se têm debruçado sobre estas matérias, cf. J. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 8.

³²⁸ Art.º 114, n.º 3 TFUE – “A Comissão (...), em matéria (...) de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. (...)”

³²⁹ Trata-se de um conjunto de conhecimentos que integra ciências como a Psicologia, mas também a Economia ou as Neurociências – J. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, pp. 9-12.

³³⁰ *Id.*, pp. 8, 18 e ss.

nestes conhecimentos,³³¹ repartidas por três categorias – *behaviourally-tested initiatives* (implementadas unicamente após serem testadas em estudos comportamentais *ad-hoc*); *behaviourally-informed initiatives* (que têm origem, não em estudos *ad-hoc*, mas em conhecimentos comportamentais relativos à situação em concreto); *behaviourally-aligned initiatives* (que se baseiam em conhecimentos da Psicologia em abstracto).³³² Como exemplos, no que toca à primeira categoria, temos a Recomendação da CE de 14 de Julho de 2014, relativa à protecção dos consumidores face ao jogo *on-line*, que propõe a implementação de medidas que visem a autoprotecção do jogador;³³³ relativamente à segunda categoria, temos a inclusão do art. 22.º na DDC, que visa impedir a utilização indevida de *defaults* em contratos de consumo;³³⁴ no que concerne à terceira categoria, temos o Reg. n.º 1924/2006 que veio proibir a utilização de determinados *enquadramentos* em alegações nutricionais e de saúde realizadas em comunicações comerciais sobre alimentos,³³⁵ ou, fora do Direito do Consumo, a implementação da nova “carta de condução por pontos”³³⁶, que se baseia na *aversão às perdas*.³³⁷

É também de referir que na nova iniciativa “Legislar melhor” da UE³³⁸ é bastante analisado o papel que o recurso às informações do *BE* pode ter na criação e fundamentação de novas políticas.³³⁹

Todavia, apesar desta atitude de crescente abertura aos conhecimentos da Psicologia por parte das instituições europeias (e de alguns E.M.), muito se tem escrito acerca do facto de o Direito do Consumo e de as decisões do TJ continuarem a basear-se, em grande parte, em concepções que não têm grande adesão à realidade, deixando o consumidor desprotegido face a muitos dos

³³¹ *Id.*, p. 6.

³³² *Id.*, pp. 15-16.

³³³ *Id.*, p. 16.

³³⁴ *Id.*, *Ibid.*

³³⁵ *Id.*, *Ibid.*

³³⁶ Implementada entre nós pela Lei n.º 116/2015, que procedeu à décima quarta alteração ao Código da Estrada - DL 114/94.

³³⁷ J. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 16.

³³⁸ Cf. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/better-regulation-why-and-how_pt

³³⁹ Cf. o documento da CE intitulado *Better Regulation “Toolbox”*, disponível em http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf, pp. 72, 94, 210.

expedientes utilizados pelos profissionais, atrás analisados. Referimo-nos, em particular, à circunstância de a política de consumo europeia assentar em grande medida no fornecimento de informação ao consumidor – estratégia que pode muitas vezes ser ineficaz ou até prejudicial para o processo de decisão do consumidor – mas também em conceitos como os de *empoderamento do consumidor* ou *consumidor médio*, que têm sido muito criticados pela sua fraca adesão à realidade.³⁴⁰

Se atentarmos que, por um lado, grande parte dos conhecimentos da Psicologia, atrás analisados, estiveram durante muito tempo (e, em alguns casos, estão ainda hoje)³⁴¹ envoltos em controvérsia – tendo sido vistos como o resultado de experiências *enviesadas*, ou tidos como replicáveis apenas em ambiente laboratorial³⁴² – e que, por outro lado, o processo de decisão do consumidor é tudo menos simples,³⁴³ é compreensível que o legislador europeu tenha especiais cautelas na aplicação destes conhecimentos na política de consumo europeia.³⁴⁴

Se, para além disso, aliarmos a estas questões o facto de as instituições europeias basearem as suas políticas no método dos *petits pas* ou a circunstância de o procedimento legislativo europeu carecer de elevados níveis de consenso entre instituições europeias e E.M.,³⁴⁵ é-nos mais fácil compreender as delongas na correcção do panorama acima referido.

De todo o modo, os riscos que resultam deste estado de coisas para o consumidor têm levado a doutrina a procurar soluções que permitam garantir a protecção dos direitos deste agente económico face a eventuais explorações destas realidades, tentando contribuir para o prosseguimento do objectivo europeu de “assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”.³⁴⁶ Todavia, é de referir que este tipo de tentativas de reposição da igualdade entre partes – consumidor e profissional – deve ter em conta o princípio da proibição do excesso (ou da

³⁴⁰ Por todos, cf. J. TRZASKOWSKI – “Lawful Distortion...”, 2016, pp. 28 e ss.

³⁴¹ É o caso das *impulsões* que estiveram envoltas em polémica há alguns anos, dado algumas experiências terem tido resultados díspares. Também ainda hoje não é conhecida a totalidade dos contornos do *efeito de dotação* – cf. D. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, p. 393.

³⁴² Cf. M. G. FAURE e H. A. LUTH – “Behavioural Economics in Unfair Contract Terms”, 2011, p. 347.

³⁴³ *Id.*, *Ibid.*

³⁴⁴ Note-se que o legislador, enquanto decisor humano, pode criar políticas e leis *enviesadas* – *Id.*, *Ibid.*

³⁴⁵ A.-L. SIBONY e G. HELLERINGER – “EU Consumer Protection...”, 2015, p. 212.

³⁴⁶ Cf. art.º 38.º da CDFUE, art.º 6 TUE e art.ºs 12.º, 114.º, n.º 3 e 169.º, n.º 1 do TFUE.

proporcionalidade)³⁴⁷ no que concerne a restrições aos direitos do profissional – direitos de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1 CRP), de liberdade de expressão (art. 37.º CRP) e de actuação concorrencial (art. 80.º, al. f) CRP) – bem como o objectivo europeu de desenvolvimento do mercado único (art.º 3.º, n.º 3 TUE e art.º 26.º e ss. TFUE).

Tendo por base este panorama, procuraremos, de seguida, estudar aquelas que têm sido consideradas as melhores estratégias para proteger o consumidor face às vulnerabilidades e técnicas atrás referidas, ordenadas com base no seu potencial restritivo dos direitos dos profissionais.

2. Soluções voluntárias - Mecanismos resultantes dos mercados

A primeira solução apontada pela doutrina consiste em deixar que os intervenientes nos mercados – consumidores e profissionais – afastem, por si próprios, o potencial lesivo das várias vulnerabilidades e técnicas analisadas atrás.

I. Do lado do consumidor, é normalmente entendido que este agente económico consegue melhorar o seu processo de decisão por meio de três abordagens – a experiência individual,³⁴⁸ os benefícios resultantes da intervenção de outros consumidores (“sofisticados”),³⁴⁹ e a palavra “boca-a-boca” e os *rankings*.³⁵⁰

As vantagens da experiência individual resultam do facto de o consumidor estar constantemente a aprender com os seus erros, moldando a sua conduta de acordo com as suas vivências. Quando consegue detectar algum erro ou exploração, as alterações no seu comportamento têm muitas vezes o efeito de disciplinar os mercados, levando os profissionais a mudar de conduta.³⁵¹

A intervenção de outros consumidores (“sofisticados”) tem um efeito muito semelhante. Nos casos em que a generalidade dos consumidores não detectem

³⁴⁷ Cf. art. 18.º, n.º 2 CRP e art. 5.º, n.º 4, 1.º par. do TUE e Protocolo n.º 2 relativo à aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, no que toca ao Direito Europeu.

³⁴⁸ H. A. LUTH, *Behavioral Economics in Consumer Policy*, 2010, pp. 103 e ss.

³⁴⁹ A. SCHWARTZ e L. L. WILDE – “Intervening in Markets...”, 1979, pp. 663 e ss.

³⁵⁰ S. PEPPE – “Freedom of Contract...”, 2012, pp. 701-706.

³⁵¹ S. I. BECHER e Y. FELDMAN – “Manipulating, Fast and Slow...”, 2016, p. 133.

certa falha ou exploração, tem-se defendido que tal pode ser colmatado pela intervenção de grupos de consumidores tidos por mais “sofisticados”,³⁵² os quais, caso sejam em número suficiente, conseguem, por meio da alteração dos seus comportamentos, levar os profissionais a reformular estratégias face ao receio de perderem clientela.³⁵³

Por sua vez, a palavra “boca-a-boca” e os *rankings*, muito mais poderosos hoje em dia face à disseminação de *plataformas digitais* na Internet criadas para o efeito,³⁵⁴ têm a capacidade de, por meio de críticas de outros consumidores, tornar “salientes” para todos nós determinados erros, práticas ou riscos que, de outra forma, poderiam passar despercebidas/os.³⁵⁵

Embora seja um facto que destes três tipos de abordagens resultam benefícios substanciais, cumpre referir que, no caso das vulnerabilidades e técnicas que estudámos, podem existir algumas limitações.

Em primeiro lugar, grande parte delas verifica-se de modo sub-reptício e permanece desconhecida do grande público.³⁵⁶

Em segundo lugar, ainda que o consumidor possa ter consciência da verificação de determinadas figuras, a robustez dos efeitos destas pode levar a que, em muitos casos, não seja possível evitar que influam no seu comportamento.³⁵⁷

Em terceiro lugar, não só grande parte das decisões do consumidor ocorre em “piloto automático” (especialmente em produtos com preços baixos)³⁵⁸ como os mercados são cada vez mais dinâmicos, com novos produtos e estratégias de marketing a surgir todos os dias,³⁵⁹ dificultando a detecção e afastamento dos efeitos das realidades referidas.

Em quarto lugar, o facto de o consumidor tender a desconsiderar erros de valor diminuto e sentir grandes dificuldades em aprender por si próprio em decisões complexas, de grande monta, (face à baixa frequência com que são

³⁵² A. SCHWARTZ e L. L. WILDE – “Intervening in Markets...”, 1979, pp. 663 e ss.

³⁵³ *Id.*, *Ibid.*

³⁵⁴ S. PEPPET – “Freedom of Contract...”, 2012, pp. 701-706.

³⁵⁵ *Id.*, *Ibid.*

³⁵⁶ S. I. BECHER e Y. FELDMAN – “Manipulating, Fast and Slow...”, 2016, p. 130.

³⁵⁷ É, como vimos, o que ocorre, p. ex., com as *âncoras* – cf. *supra* n. 289.

³⁵⁸ R. VAN LOO – “Helping Buyers Beware...”, 2015, p. 1350.

³⁵⁹ *Id.*, pp. 1335, 1361.

tomadas)³⁶⁰, ou em que não tem grandes alternativas, tem vindo a pôr em causa o seu potencial regulatório.³⁶¹

Por fim, os efeitos de *enviesamentos* como o *excesso de optimismo* ou o *enviesamento da confirmação*, ao levarem o consumidor a pensar que não será afectado por determinado fenómeno,³⁶² ou a interpretar a realidade de acordo com as suas crenças,³⁶³ impedem muitas vezes que as abordagens referidas o auxiliem.

II. Do lado dos profissionais, temos, em primeira linha, os efeitos da sua preocupação com a reputação, mas também os benefícios do seu interesse no fornecimento de informação aos consumidores.

Relativamente ao primeiro caso, o receio de ficarem mal vistos perante os consumidores leva a que os profissionais tenham um maior cuidado na escolha das suas estratégias e práticas comerciais, evitando, p. ex., subir os preços de certos produtos em situações de maior necessidade.³⁶⁴ Todavia, também aqui a natureza sub-reptícia das realidades estudadas pode diminuir os efeitos deste fenómeno – os profissionais tenderão a evitar as práticas mais *salientes*, mantendo as menos visíveis, ou então, nem isso, mantendo todas, no caso de todos os seus concorrentes utilizarem as mesmas práticas.³⁶⁵

Também o fornecimento de informação aos consumidores se encontra, de certa forma, ligado à preocupação dos profissionais com a sua reputação. Normalmente, através dela, pretendem dar a conhecer aos consumidores as características dos seus produtos e enaltecer as qualidades destes. Contudo, tem-se defendido que muita desta informação poderá ser tendenciosa, incompleta, excessiva, ou até baseada nalgumas das técnicas atrás estudadas,³⁶⁶ reclamando intervenções governamentais que a corrijam ou completem. Mais, segundo BARGILL, os profissionais tendem a fornecer apenas informação acerca das

³⁶⁰ H. LUTH pergunta-se se, face à gravidade das consequências do cometimento de erros nestes casos, será legítimo deixar o consumidor aprender por si próprio – H. A. LUTH, *Behavioral Economics in Consumer Policy*, 2010, pp. 103-105.

³⁶¹ *Id.*, *Ibid.*

³⁶² R. VAN LOO – “Helping Buyers Beware...”, 2015, pp. 1348-1349.

³⁶³ *Id.*, p. 1350.

³⁶⁴ *Id.*, pp. 1347-1348.

³⁶⁵ *Id.*, p. 1348.

³⁶⁶ H. A. LUTH, *Behavioral Economics in Consumer Policy*, 2010, p. 71.

características do produto ou serviço, no sentido de procurar afastar erros que possam afectar a sua reputação, e não informação acerca do uso do produto,³⁶⁷ onde se verificam as maiores falhas por parte do consumidor.

Note-se, no entanto, que o impacto que o desenvolvimento da Internet e das novas tecnologias teve na divulgação de informação ao consumidor veio permitir dissipar algumas destas questões. De facto, não só é muito mais fácil e barato para os profissionais divulgarem informação ao consumidor, podendo aumentá-la e melhorá-la, como é cada vez mais comum encontrarmos *sites* com comparações e *ratings* de produtos, serviços ou profissionais, em resultado de avaliações e críticas de consumidores ou especialistas – as chamadas *plataformas digitais*,³⁶⁸ tidas, hoje em dia, como a forma mais eficaz de regulação por parte dos mercados.³⁶⁹ É o caso, p. ex., da *Amazon*, do *Facebook*, ou de *sites* como o *Booking*, o *Tripadvisor*, o *KuantoKusta*, etc.³⁷⁰

Nos últimos tempos têm vindo a ser desenvolvidas novas formas de *plataformas digitais* que permitem não apenas *informar*, mas sim *aconselhar* directamente cada consumidor.³⁷¹ É o caso de *plataformas* ligadas, p. ex., aos serviços financeiros, nos EUA, que possibilitam ao consumidor colocar lá os seus dados, e estas, por meio de algoritmos, analisam as enormes quantidades de informação de que dispõem, por forma a *recomendarem* o melhor produto para o caso concreto (melhor cartão de crédito, melhores taxas de juro, etc.).³⁷²

Por conseguinte, estas ferramentas permitem não apenas informar o consumidor, mas também, face à qualidade e *saliência* da informação, afastar, de modo indirecto, algumas das vulnerabilidades e técnicas atrás estudadas.³⁷³

Contudo, apesar de todas as suas vantagens, as *plataformas digitais* também têm suscitado algumas preocupações. Por um lado, através da forma e da ordem com que apresentam resultados e informações, podem, sob a aura de *neutralidade*

³⁶⁷ Para mais desenvolvimentos, cf. O. BAR-GILL – “Informing Consumers...”, 2007, pp. 5 e ss.

³⁶⁸ Sobre esta temática, cf. R. VAN LOO – “The Rise of the Digital Regulator”, 2017, pp. 1280 e ss.

³⁶⁹ *Id.*, *Ibid.*

³⁷⁰ Sobre os diversos tipos de *plataformas digitais*, cf. R. VAN LOO – “The Rise of the Digital Regulator”, 2017, pp. 1280 e ss.

³⁷¹ *Id.*, pp. 1277 e ss.

³⁷² *Id.*, *Ibid.*

³⁷³ É, p. ex., o que se passa com o *excesso de optimismo*, mitigado pela divulgação de comentários e críticas que servem de alerta para possíveis problemas.

que normalmente as caracteriza, direccionar o consumidor para decisões que não são as melhores para si.³⁷⁴ Por outro lado, existem os riscos resultantes do *Crowdturfing*, atrás referido, e do facto de ser difícil encontrar informações sobre produtos recentes³⁷⁵ ou pouco divulgados.

3. Soluções legais

3.1. Fornecimento de informação ao consumidor

3.1.1. Panorama Geral

Referido já em 1962 no célebre discurso de Kennedy relativo à protecção dos interesses dos consumidores,³⁷⁶ o direito do consumidor à informação corresponde a uma das mais importantes e tradicionais protecções do Direito do Consumo. Decorrente dos direitos do cidadão à informação prescritos nos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do Homem e do Cidadão,³⁷⁷ trata-se hoje de um direito que goza de protecção constitucional e legal – entre nós, art. 60.º, n.º 1 CRP³⁷⁸ e art. 3.º, al.ªs c) e d) LDC – encontrando-se concretizado nos art.ºs 6.º, 7.º e 8.º LDC e na generalidade dos diplomas de Direito de Consumo que vigoram na nossa ordem jurídica.

O fornecimento de informação ao consumidor surge como uma necessidade decorrente das enormes assimetrias de informação que existem entre profissionais e consumidores.³⁷⁹ Com vista a fazer face a este cenário, o legislador europeu, influenciado por concepções económicas que sustentam que os mercados funcionam bem caso seja fornecida informação completa aos consumidores³⁸⁰ e tendo consciência que os profissionais não têm estímulo para fornecer ao

³⁷⁴ R. VAN LOO – “The Rise of the Digital Regulator”, 2017, pp. 1283, 1289 e ss.

³⁷⁵ O. BAR-GILL – “Informing Consumers...”, 2007, p. 64.

³⁷⁶ Disponível em <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>

³⁷⁷ Cf. art.ºs 19.º e 26.º DUDH e art. 10 da CEDH.

³⁷⁸ Cf. também os art.ºs 81.º, al. i) e 99.º, al. e) CRP.

³⁷⁹ G. HOWELLS – “The Potential...”, 2005, p. 354.

³⁸⁰ R. INCARDONA e C. PONCIBÒ – “The average consumer...”, 2007, p. 31.

consumidor toda essa informação,³⁸¹ tem-se munido da concretização do direito à informação, através do fornecimento estadual de informação e da imposição aos profissionais do fornecimento de determinados elementos informativos aos consumidores.³⁸²

Face aos objectivos europeus de desenvolvimento do mercado único, esta abordagem tem sido aprofundada, p. ex., através da harmonização, em diversos diplomas, da informação fornecida a nível europeu³⁸³ ou pela consideração do não fornecimento de informação substancial como PCD.^{384/385} Na prossecução da grande meta que subjaz à política europeia de protecção do consumidor – o chamado *empoderamento do consumidor*³⁸⁶ – a prestação de informação e a educação têm sido consideradas ferramentas essenciais.³⁸⁷

Todavia, estudos levados a cabo pelo *Eurobarómetro*³⁸⁸ demonstraram que esta política tem falhado redondamente – em 2011, mais do que um em cada três consumidores declarou sentir-se mal informado e apenas 2% dos inquiridos souberam responder correctamente a um conjunto de questões relativas ao direito de arrependimento, prazos de garantia ou PCD's.³⁸⁹

Nos últimos anos, a doutrina e a CE têm vindo a identificar as causas para estes resultados, estando muitas delas ligadas ao conjunto de vulnerabilidades que estudámos atrás.

De facto, embora o fornecimento de informação seja essencial ao consumidor, especialmente nos casos em que este dispõe de pouca experiência ou conhecimentos,³⁹⁰ há que ter em conta que, ao contrário daquela que tem sido a

³⁸¹ G. HOWELLS – “The Potential...”, 2005, p. 355.

³⁸² Cf. o programa plurianual “Consumidores”, previsto no Reg. (UE) n.º 254/2014, Objectivo II.

³⁸³ É o caso, p. ex., da DDC.

³⁸⁴ Corresponde a uma omissão enganosa, nos termos dos art.ºs 9.º e 10.º do DL 57/2008 – cf. *infra* VI, 3.4.2.2.

³⁸⁵ Sobre a política europeia de fornecimento de informação ao consumidor, cf. J. PEGADO LIZ – “Algumas Reflexões...”, 2012, pp. 339 e ss.

³⁸⁶ Sobre o *empoderamento do consumidor*, cf. M. NARDO *et al*, *The Consumer Empowerment Index*, 2011, pp. 15 e ss.

³⁸⁷ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, pp. 8 e ss.

³⁸⁸ CE, Special Eurobarometer n.º 342, *Consumer Empowerment*, 2011.

³⁸⁹ *Id.*, pp. 11 e 105.

³⁹⁰ J. TRZASKOWSKI – “Lawful Distortion...”, 2016, p. 29.

concepção dominante,³⁹¹ as características da informação podem levar o consumidor a não a considerar ou a fazê-lo de modo *enviesado*.

Em primeiro lugar, como vimos, face às suas limitações cognitivas e de tempo, o consumidor, a fim de evitar a *sobrecarga de informação*, tende apenas a ter em conta a informação mais *saliente* – a informação relativa ao preço e aos atributos do produto ou serviço³⁹² (excepto no caso de produtos mais caros ou importantes para si em que, normalmente, procura analisar o máximo de informação possível)³⁹³ – só considerando a informação acerca dos seus direitos em caso de litígio.³⁹⁴ Para além disso, informação excessiva,³⁹⁵ com letra muito pequena³⁹⁶, ou linguagem/informação muito complexa pode não conseguir captar a atenção do consumidor,³⁹⁷ pode desencorajá-lo de se informar ou até mesmo confundi-lo, caso considere importante ler a informação e tenha dificuldades em a analisar e compreender (*sobrecarga de informação*).^{398//399}

Em segundo lugar, o próprio conteúdo da informação disponibilizada pode apresentar lacunas importantes. BAR-GILL tem sustentado que o consumidor carece de informações ligadas ao uso dos produtos ou serviços, dado muitas das suas falhas de decisão estarem ligadas a problemas de uso,⁴⁰⁰ a qual raramente é fornecida. Por outro lado, também tem sido defendido que, nos casos de pacotes promocionais, o consumidor tem dificuldades em saber o custo individual de cada produto, e, em produtos que carecem de outros para funcionar, não tem normalmente noção do quanto terá de gastar em recargas.⁴⁰¹

Em terceiro lugar, ainda que o fornecimento de informação possa, como vimos, tornar mais *disponíveis* determinadas realidades, até aí ignoradas, existe o risco de o consumidor a interpretar de modo *excessivamente optimista*, de acordo

³⁹¹ A ideia segundo a qual “mais informação é sempre melhor” – o *paradigma da informação*.

³⁹² CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 10.

³⁹³ Cf. *supra* n. 22.

³⁹⁴ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, pp. 10 e 11.

³⁹⁵ *Id.*, pp. 9 e 24.

³⁹⁶ Esta prática tem sido considerada enganosa em alguns E.M. – CE, *Orientações...*, 2016, p. 45.

³⁹⁷ R. INCARDONA e C. PONCIBÒ – “The average consumer...”, 2007, p. 32.

³⁹⁸ *Id.*, *Ibid.*

³⁹⁹ Cf. *supra* III, 2. Muitas vezes, essa complexidade é artificial - CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, pp. 5, 9, 23-24.

⁴⁰⁰ O. BAR-GILL – “Informing Consumers...”, 2007, pp. 4 e ss.

⁴⁰¹ G. HOWELLS – “The Potential...”, 2005, p. 358.

com o *enviesamento do auto-serviço*,⁴⁰² especialmente quando estão em jogo riscos, ou segundo o *enviesamento da confirmação*, analisando a informação conforme mais lhe convém.

Por fim, existem muitas dúvidas de que o mero fornecimento de informação, por si só, possa afastar muitas das realidades que estudamos, em que, mesmo que o consumidor tenha consciência da sua verificação, pode não conseguir controlar os seus efeitos.⁴⁰³ É o que ocorre, p. ex., com os *atmosféricos* ou com as *âncoras*, dada a sua robustez.⁴⁰⁴

3.1.2. Propostas de solução

Com a adopção pelo legislador europeu dos conhecimentos ligados aos *BI's* tem sido defendido que o paradigma do fornecimento de informação ao consumidor deverá mudar, deixando de se focar tanto na quantidade da informação para passar a centrar-se mais na qualidade da mesma.⁴⁰⁵ Por conseguinte, têm sido propostas, ensaiadas e até implementadas diversas soluções com vista a minimizar ou eliminar os diversos problemas que têm sido apontados no fornecimento de informação ao consumidor.

Uma primeira proposta consiste em, com base em estudos, tornar os elementos informativos mais reduzidos, simples, claros, lógicos, intuitivos e expressos numa linguagem e formatos que permitam a fácil compreensão do seu conteúdo.^{406/407} Tem sido também sugerido que se tornem *salientes*, através de cores, tipos de letra, caixas, etc., determinadas menções informativas que estudos levados a cabo para o efeito concluíam serem importantes para o consumidor, mas pouco consideradas.⁴⁰⁸ Com o desenvolvimento da Internet e das tecnologias

⁴⁰² *Id.*, p. 360.

⁴⁰³ S. I. BECHER e Y. FELDMAN – “Manipulating, Fast and Slow...”, 2016, p. 132.

⁴⁰⁴ K. PURNHAGEN e E. VAN HERPEN – “Can Bonus Packs Mislead...”, 2014, p. 6.

⁴⁰⁵ E. M. TSCHERNER – “Can behavioral...”, 2014, p. 149.

⁴⁰⁶ S. PEPPET – “Freedom of Contract...”, 2012, pp. 740 e ss.

⁴⁰⁷ No que respeita às CCG, tais exigências já se encontram há muito previstas na LDC (art.ºs 8.º, e 9.º, n.º 2 e 3) e no DL 446/85, no que toca à redacção e à comunicação e esclarecimento das CCG. Trata-se, todavia, de um regime muito pouco respeitado na prática. Sobre este regime, cf. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, pp. 88-105.

⁴⁰⁸ S. PEPPET – “Freedom of Contract...”, 2012, pp. 686, 693 e ss., 737, 740 e ss.

digitais, é hoje muito mais fácil e menos dispendioso tornar a informação *saliente*, p. ex., através de vídeos, programas, bases de dados e *sites* (as *plataformas digitais*), cujos formatos são concebidos com o objectivo de simplificar a informação e fornecê-la de modo a captar a atenção do consumidor,⁴⁰⁹ constituindo, assim, uma ferramenta essencial para o desenvolvimento daquelas soluções.

O segundo tipo de propostas apresentadas tem por objecto o conteúdo da informação.

A primeira destas soluções consiste em impor o fornecimento *normalizado* de informação *saliente* para os consumidores, isto é, informação que se saiba ser necessária aos consumidores,⁴¹⁰ ou que, segundo estudos ou dados comportamentais, seja considerada relevante para as suas decisões.^{411/412} Neste último caso tem sido mesmo defendida a solução ideal, isto é, o fornecimento de informação personalizada a cada consumidor, desenvolvida com base nas suas necessidades e características individuais,⁴¹³ algo que, dada a evolução das tecnologias digitais e da inteligência artificial, cada vez mais se afigura como possível a breve trecho.

No que respeita ao fornecimento de informação *saliente* ao consumidor, os dados disponibilizados pelas *plataformas digitais* têm vindo a assumir particular relevância. De facto, não apenas fornecem informação altamente *saliente*, como é o caso, p. ex., de *rankings* de profissionais com base em factores como o preço dos produtos e serviços, como se caracterizam por apresentarem informação que apenas excepcionalmente é exigida por lei⁴¹⁴ – p. ex., a indicação, através de *rankings* e comentários de utilizadores e peritos, de informações negativas acerca de produtos e serviços, tornando-as *disponíveis* para o consumidor, permitindo-o, assim, tomar decisões mais informadas.⁴¹⁵ Por outro lado, conforme vimos, graças

⁴⁰⁹ *Id.*, pp. 718 e ss.

⁴¹⁰ *Id.*, *Ibid.*

⁴¹¹ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 9.

⁴¹² Será, p. ex., o caso de informação que seja relevante do ponto de vista da *prova social* ou da *aversão às perdas*. Todavia, a eficácia da estratégia varia consoante o sector em causa – OECD, *Protecting Consumers...*, 2016, pp. 23-26, 52.

⁴¹³ A.-L. SIBONY e G. HELLERINGER – “EU Consumer Protection...”, 2015, p. 224.

⁴¹⁴ R. VAN LOO – “The Rise of the Digital Regulator”, 2017, pp. 1278 e ss.

⁴¹⁵ *Id.*, *Ibid.*

aos novos tipos de *plataformas* que têm surgido, cada vez mais será possível fornecer informação personalizada ao consumidor.⁴¹⁶

Contudo, face aos enormes custos de implementação e manutenção que acarretam, as origens das *plataformas* são maioritariamente *privadas*. Isto leva a que muitas delas não sejam *neutrais*, o que gera preocupações relativamente ao seu impacto nas decisões do consumidor.⁴¹⁷ A CE há já algum tempo que está atenta a estes e outros problemas, como o *Crowdturfing*,⁴¹⁸ atrás referido, ou algumas práticas que ocorrem frequentemente nos sites de *rankings* de preços, como a indicação do preço de alguns produtos sem IVA ou sem custos de envio.⁴¹⁹ Dada a importância das *plataformas digitais* no desenvolvimento do Mercado Único Digital, o legislador europeu pretende garantir não apenas a criação de novas plataformas europeias, como também o respeito da legislação vigente por todas elas.^{420/421} Nos últimos tempos têm-se verificado alguns casos de criação de *plataformas* públicas em alguns E.M.^{422/423}

Uma segunda forma de melhorar o conteúdo da informação fornecida ao consumidor refere-se à proposta de BAR-GILL de a informação prestada ao consumidor passar a incidir mais no uso dos bens e serviços,⁴²⁴ no sentido de afastar algumas das falhas de decisão atrás analisadas. De acordo com o autor, a informação de uso divide-se em informação acerca do modo de utilização do produto ou serviço e em informação sobre os padrões de uso pessoal do(s) consumidor(es).⁴²⁵ Se o fornecimento do primeiro tipo é frequentemente exigido

⁴¹⁶ Essa informação pode ser por ele solicitada ou fornecida automaticamente, com base no seu perfil individual, tornando possível, a breve trecho, a chamada *protecção legal por design* – cf. M. HILDEBRANDT – “Legal Protection by Design...”, 2011.

⁴¹⁷ Cf. M. HILDEBRANDT e B. JAAP-KOOPS – “The Challenges of Ambient Law...”, 2010, p. 457.

⁴¹⁸ CE, *As plataformas em linha e o mercado único digital...*, 2016, pp. 11-15.

⁴¹⁹ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 24.

⁴²⁰ Programa plurianual “Consumidores”, previsto no Reg. (UE) n.º 254/2014, Objectivo II.

⁴²¹ CE, *As plataformas em linha e o mercado único digital...*, 2016, pp. 5 e ss.

⁴²² Cf. J. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 18.

⁴²³ P. ex., a *plataforma Midata*, lançada em 2011 no Reino Unido com os objectivos de permitir o acesso dos consumidores aos dados das suas transacções nos sectores financeiro, da energia e das telecomunicações, simplificar a informação, e afastar certos *enviesamentos* como o *status quo* ou a *sobrecarga de informação* – OECD, *Use of Behavioural Insights...*, 2017, p. 29.

⁴²⁴ O. BAR-GILL – “Competition and Consumer Protection...”, 2011, pp. 17 e ss.

⁴²⁵ O. BAR-GILL – “Informing Consumers...”, 2007, p. 46.

legalmente, a inovação da proposta do autor reside no facto de ele propor a disseminação do segundo tipo de informação.⁴²⁶

A informação acerca dos padrões de uso dos consumidores pode assumir duas formas – fornecimento da informação de uso médio de um grupo de consumidores ou disponibilização da informação de uso individual de dado consumidor.⁴²⁷

Segundo BAR-GILL, a primeira proposta⁴²⁸ poderá ser muito útil, p. ex., nos casos de venda de extensões de garantia,⁴²⁹ ou no caso de descontos em que o consumidor tem de enviar um cupão para o profissional.⁴³⁰ Para o autor, a indicação do número baixo de casos de accionamento das extensões de garantia e de envio de cupões enviados permitiria ao consumidor ter uma melhor noção da realidade em ambas as situações⁴³¹ e, assim, afastar ou limitar *enviesamentos* como a *aversão às perdas* no primeiro caso e o *excesso de optimismo* no segundo.

Da mesma forma, BAR-GILL propõe, p. ex., que nos casos em que são vendidos produtos que funcionam com recargas fará sentido fornecer ao consumidor a TCO (*Total-Cost of Ownership*), isto é, a indicação dos custos totais que a média dos consumidores teve com determinado produto e recargas em determinado espaço temporal, p. ex., um ano.⁴³² Também seria vantajoso tornar *saliente* o custo médio de contratos de hospedagem, por hotel, ou a divulgação do número médio de consumidores arrependidos por terem aderido a um contrato com fidelização.⁴³³

Contudo, embora benéfica, também esta solução poderá ser afectada por problemas de *excesso de optimismo*,⁴³⁴ e, em resultado dos efeitos da *prova social* e da *ancoragem*, parece-nos que existe o risco de conduzir a tendências de imitação dos padrões médios divulgados.

⁴²⁶ *Id.*, p. 62.

⁴²⁷ O. BAR-GILL – “Competition and Consumer Protection...”, 2011, p. 19.

⁴²⁸ Note-se que neste caso defende-se que o grupo deve ser pequeno para a informação ser mais fiável – O. BAR-GILL – “Informing Consumers...”, 2007, pp. 57, 64-65.

⁴²⁹ *Id.*, pp. 53-54.

⁴³⁰ *Id.*, *Ibid.*

⁴³¹ *Id.*, *Ibid.*

⁴³² *Id.*, p. 54.

⁴³³ *Id.*, *Ibid.*

⁴³⁴ *Id.*, p. 65.

Diferentemente, quando o profissional tem uma base de dados com as informações de consumo de cada consumidor, conforme ocorre em certos contratos de prestação continuada, como é o caso dos contratos de telecomunicações,⁴³⁵ é possível a solução ideal, isto é, o fornecimento, a cada consumidor, da sua TCO individual e das suas diversas informações de consumo individuais,⁴³⁶ permitindo tornar *salientes* determinadas falhas do consumidor, sendo mais fácil corrigi-las. Ainda assim, segundo BAR-GILL, também esta abordagem tem limites, como o facto de não ser geral, mas apenas relativa a certos produtos,⁴³⁷ ou a circunstância de o consumidor poder ser afectado por perspectivas *excessivamente optimistas* no que toca à alteração do seu comportamento futuro.⁴³⁸

Como vimos, face aos avanços nas tecnologias digitais, começam a surgir, embora com os riscos referidos, *plataformas digitais* que tornam possíveis ambas as propostas de BAR-GILL.⁴³⁹

3.1.3. Aplicação prática do fornecimento de informação ao consumidor à luz dos BI's

Muitas das propostas referidas encontram-se já em prática em diversos Estados ao longo do globo, com o apoio de várias entidades, como a UE⁴⁴⁰ ou a OCDE, e diversos governos estaduais.

No recente relatório *Behavioural Insights and Public Policy*, são fornecidos pela OCDE inúmeros exemplos de estudos e implementação de medidas que se inscrevem nas propostas atrás indicadas.⁴⁴¹ Desses, merece particular destaque a reforma operada no sector das telecomunicações na Colômbia.⁴⁴²

⁴³⁵ *Id.*, pp. 59-60.

⁴³⁶ *Id.*, p. 62.

⁴³⁷ Os produtos fornecidos por meio de contratos de execução continuada – O. BAR-GILL – “Competition and Consumer Protection...”, 2011, p. 19.

⁴³⁸ *Id.*, *Ibid.*

⁴³⁹ Cf. *supra* VI, 2, 3.1.2.

⁴⁴⁰ Para exemplos de propostas implementadas em E.M. da UE., cf. JOANA SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 18-21.

⁴⁴¹ OECD, *Behavioural Insights...*, 2017.

⁴⁴² OECD, *Protecting Consumers...*, 2016.

Basicamente, o que esteve em causa neste caso foi o melhoramento da informação fornecida no sector das telecomunicações.⁴⁴³

Assim, com vista a auxiliar as instâncias governamentais ligadas ao sector das telecomunicações na Colômbia,⁴⁴⁴ foram efectuados diversos estudos pela *Facultad de Psicología da Fundación Universitaria Konrad Lorenz*, complementados com os conhecimentos de uma equipa multidisciplinar ligada à OCDE,⁴⁴⁵ que permitiram identificar, com base nos *BI's*, os pontos mais problemáticos no fornecimento de informação ao consumidor no sector das telecomunicações nesse Estado, e efectuar propostas de solução e testes, tendo todo o processo sido descrito num relatório de cerca de 80 páginas.⁴⁴⁶

Tal relatório agrupou os problemas e soluções em quatro grupos distintos: a) melhoria no fornecimento de informação; b) melhoria nos serviços de apoio aos consumidores; c) criação de mecanismos de controlo dos consumos individuais; d) estratégias de informação ligadas aos problemas causados pelos contratos promocionais com objecto plural.⁴⁴⁷

Num primeiro nível tentou-se afastar os problemas ligados ao fornecimento de informação.⁴⁴⁸ Tendo-se constatado que os consumidores colombianos estão pouco informados,⁴⁴⁹ procurou-se identificar e fornecer a informação básica e essencial que lhes permita efectivamente exercerem os seus direitos e melhorar as suas decisões – isto independentemente do seu nível social, cultural ou educacional.⁴⁵⁰ Tendo em mente os problemas ligados à *sobrecarga de informação*, foi também sugerido, a par da informação “completa”, o fornecimento de “informação sumária” que condense de modo simples e claro a informação necessária a uma boa tomada de decisão.⁴⁵¹ Foi igualmente proposto o fornecimento de listas de passos que indiquem, p. ex., os procedimentos a seguir na adesão a certo serviço,

⁴⁴³ OECD, *Protecting Consumers...*, 2016, pp. 29 e ss.

⁴⁴⁴ A *Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)*.

⁴⁴⁵ OECD, *Protecting Consumers...*, 2016, pp. 18-19.

⁴⁴⁶ *Id.*

⁴⁴⁷ *Id.*, pp. 19-20.

⁴⁴⁸ *Id.*, pp. 30 e ss.

⁴⁴⁹ *Id.*, p. 30.

⁴⁵⁰ *Id.*, p. 31.

⁴⁵¹ *Id.*, p. 35.

ou de guiões informativos que permitam ao consumidor escolher o plano de serviços mais adequado para si.⁴⁵² Sugeriu-se também o fornecimento da informação ideal no momento certo (p. ex., informação que se saiba ser necessária, fornecida em momentos em que o consumidor se encontra mais receptivo);⁴⁵³ a concessão de informação de casos reais (mais facilmente apreensível)⁴⁵⁴; e a disponibilização de ferramentas comparativas que permitam saber as escolhas de consumidores com características idênticas (uso da *prova social* para alterar comportamentos).⁴⁵⁵

Num segundo nível, relativo aos serviços de apoio ao consumidor, procurou-se melhorar e simplificar o fornecimento de informação relativa aos procedimentos a tomar em caso de reclamação.⁴⁵⁶ Sugeriu-se também criar um sistema simples, claro e transparente, de avaliação e graduação dos serviços, com notas e *rankings*,⁴⁵⁷ o desenvolvimento de uma plataforma *on-line* para reclamações,⁴⁵⁸ e a criação de incentivos, como prémios, para a realização de comentários e reclamações genuínos/as.⁴⁵⁹

Num terceiro nível, com vista a evitar que o consumidor pague demasiado pelos serviços, propôs-se melhorar a regulação relativa ao consentimento do consumidor, incluindo regras que afastem o consentimento por meio de *defaults*.⁴⁶⁰ Foi igualmente apontada a criação de mecanismos que melhorem o conhecimento do consumidor relativamente às suas necessidades, aos seus consumos individuais e às características dos planos e serviços, de modo a possibilitar-lhe uma escolha informada dos planos e serviços mais adequados para si, e evitar gastos excessivos e desnecessários.⁴⁶¹ Tal pode ser feito através da simplificação das facturas, com a apresentação detalhada dos consumos individuais,⁴⁶² por meio de notificações ou mensagens ao consumidor acerca dos seus consumos,⁴⁶³ ou, finalmente, através de

⁴⁵² *Id.*, pp. 35-36.

⁴⁵³ Para mais desenvolvimentos, *Id.*, p. 36.

⁴⁵⁴ *Id.*, p. 37.

⁴⁵⁵ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Id.*, p. 41.

⁴⁵⁷ *Id.*, pp. 41-44.

⁴⁵⁸ *Id.*, pp. 44-45.

⁴⁵⁹ *Id.*, p. 45.

⁴⁶⁰ *Id.*, p. 49.

⁴⁶¹ *Id.*, pp. 50-59.

⁴⁶² *Id.*, pp. 51-52.

⁴⁶³ *Id.*, pp. 53-56.

plataformas digitais e aplicações que contenham todos os dados necessários ao consumidor – mostragem dos consumos individuais, indicação dos tipos de modalidades de serviços e opções nas diferentes operadoras e sugestão da modalidade mais adequada ao consumidor, apresentação de comentários e reclamações.⁴⁶⁴ Por fim, foi sugerida a adopção por *default* de um *plano de emergência* para consumidores que mantenham um plano que não seja o mais indicado para si.⁴⁶⁵

Finalmente, num quarto nível, relativo aos contratos promocionais com objecto plural, com o objectivo de evitar más escolhas, foi proposto tornar “*altamente saliente*” o preço de cada componente dos vários “pacotes”, de modo a tornar possível a comparação e identificação da melhor proposta.⁴⁶⁶

3.2. Educação e formação do consumidor

Uma outra medida que se encontra ligada à prestação de informação ao consumidor refere-se à sua educação e formação.

Esta configura uma das soluções mais defendidas pelo legislador europeu, em particular no que respeita à defesa dos consumidores vulneráveis,⁴⁶⁷ constituindo, entre nós, um dos meios tradicionais de protecção do consumidor, o qual goza de consagração constitucional e legal (art. 60.º, n.º 1 CRP, e arts. 3.º, al. c) e 6.º LDC).

No entanto, trata-se de uma das medidas de mais difícil implementação,⁴⁶⁸ em face dos grandes dispêndios e disponibilidade de recursos que implica e da incerteza dos seus resultados. Todos estes aspectos vêm confirmados no relatório de 2011, relativo ao estudo dos resultados das políticas europeias de fornecimento de informação, formação e educação dos consumidores no período a partir de 2002,⁴⁶⁹ onde se concluiu que, face à proliferação da Internet e consequente

⁴⁶⁴ *Id.*, pp. 56-59.

⁴⁶⁵ *Id.*, pp. 59.

⁴⁶⁶ *Id.*, pp. 63-64.

⁴⁶⁷ Programa plurianual “Consumidores”, previsto no Regulamento (UE) n.º 254/2014, Objectivo II.

⁴⁶⁸ Tem, aliás, havido fortes críticas em Portugal face à inacção do Governo português na prossecução deste tipo de medidas - https://www.rtp.pt/noticias/economia/direito-do-consumo-denuncia-falta-de-formacao-e-informacao-ao-consumidor_n937402, acedido em 02/01/2018.

⁴⁶⁹ M. BLAKEMORE e N. SMITH, *Evaluation of Consumer...*, 2011.

alteração dos ambientes de informação e educação ao consumidor,⁴⁷⁰ os poucos resultados de algumas medidas anteriores justificam uma alteração nas abordagens,⁴⁷¹ sendo sublinhada a importância da utilização dos conhecimentos do *BE* nas medidas a tomar para o futuro.⁴⁷² Foi inclusive apontado que, com base nestes conhecimentos, devem ser fornecidas ferramentas *activas* que melhorem as competências e escolhas do consumidor, quer a nível nacional, quer no seio do mercado único.⁴⁷³

A nossa ideia é justamente esta – a de aferir a possibilidade de educar os consumidores tendo em conta os conhecimentos da Psicologia. Para tanto, mantemos as propostas tradicionais, de a educação para o consumo ser introduzida nas escolas e universidades, no caso dos jovens, mas estar também a cargo de associações de consumidores, autarquias locais e empregadores (através de incentivos) para a restante população.⁴⁷⁴ Dado o problema da dificuldade em educar adultos, em especial os idosos,⁴⁷⁵ propostas de implementação de programas específicos que tenham por missão educar o consumidor através da imposição de informação *saliente* como jogos, incentivos e práticas associados/as ao humor e emoções positivas, questionários e ensino de estratégias que contrariem os efeitos de práticas desleais, podem ser benéficas.

Todavia, no caso dos consumidores mais vulneráveis, faz também sentido a disponibilização de peritos (ou outros profissionais) que prestem auxílio na gestão da sua vida económica, e forneçam acompanhamento e informação na tomada de decisões, em particular no caso de decisões raras e dispendiosas, ou em sectores mais complexos, como o financeiro.^{476/477} Parece-nos, aliás, em face do

⁴⁷⁰ *Id.*, pp. ii-iii.

⁴⁷¹ O relatório refere-se ao site Dolceta.com, destinado à informação e educação do consumidor e ao jornal *Europa Diary* sobre temáticas ligadas ao consumo, distribuído nas escolas e dirigido aos jovens entre 15-18 anos – M. BLAKEMORE e N. SMITH, *Evaluation of Consumer...*, 2011, pp. vii-x.

⁴⁷² *Id.*, p. x.

⁴⁷³ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁷⁴ Cf. art. 6.º LDC.

⁴⁷⁵ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, pp. 18-19.

⁴⁷⁶ No mesmo sentido, *Id.*, p. 19.

⁴⁷⁷ Na Suécia, esse apoio aos consumidores mais frágeis é desenvolvido por sindicatos e assistentes sociais – CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 19.

que ficou dito, que faria sentido alargar este apoio pericial à generalidade da população.^{478/479}

Relativamente aos conteúdos ministrados, remetemos para o que ficou dito a propósito da informação que deve ser disponibilizada ao consumidor, e dos meios para o fazer – em particular, do recurso à Internet e da importância das tecnologias digitais.⁴⁸⁰

Parece-nos apenas que, face ao reconhecimento generalizado da importância dos conhecimentos da Psicologia, dever-se-á dar a conhecer as diversas vulnerabilidades existentes, as técnicas mais comuns que as exploram e as estratégias tidas por mais eficazes para as contrariar, como, p. ex., a técnica *consider-the-opposite*.⁴⁸¹

3.3. Novo paternalismo

O *novo paternalismo* corresponde a um conjunto de abordagens desenvolvidas nos finais do séc. XX, nos EUA, as quais, sendo desenhadas com base nos conhecimentos do *BE*, visam melhorar o processo de decisão do cidadão e afastar muitas das vulnerabilidades estudadas.⁴⁸² Referimo-nos, em especial, ao *paternalismo assimétrico*, ao *debiasing through law* e ao *paternalismo libertário*.

Como se pode antever, este conjunto de soluções inscreve-se no chamado *paternalismo jurídico*,^{483/484} isto é, no estabelecimento de restrições aos direitos e interesses do cidadão a fim de o proteger contra uma eventual má utilização dos mesmos – a *protecção estadual contra si mesmo*⁴⁸⁵ – corrente há muito envolta em

⁴⁷⁸ Não esquecendo que todos os consumidores, ao longo da sua vida, podem ser ou ficar vulneráveis em face de dadas circunstâncias ou de certo mercado – CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 6.

⁴⁷⁹ Com argumentos que justificam esta medida – H. A. LUTH, *Behavioral Economics in Consumer Policy*, 2010, pp. 103-105.

⁴⁸⁰ Cf. art. 6.º, n.º 4 LDC.

⁴⁸¹ Trata-se de uma técnica que consiste em procurar razões que indiquem que um julgamento inicial pode estar incorrecto, a qual é capaz de mitigar ou afastar *enviesamentos* como o *excesso de optimismo*, o *enviesamento da percepção retrospectiva*, ou a *ancoragem* – cf. http://lesswrong.com/lw/7ep/practical_debiasing/, acedido a 02/01/2018.

⁴⁸² P. CSERNE, *Freedom of Contract and Paternalism...*, 2012, p. 1.

⁴⁸³ B. MAC CRORIE – “O paternalismo estadual...”, 2012, p. 34.

⁴⁸⁴ Para mais desenvolvimentos, cf. P. CSERNE, *Freedom of Contract and Paternalism...*, *cit.*, pp. 11 e ss.

⁴⁸⁵ B. MAC CRORIE – “O paternalismo estadual...”, 2012, p. 34.

polémica face aos riscos que representa para a liberdade e autonomia pessoais.⁴⁸⁶ Todavia, ao assentar nos referidos estudos psicológicos do *BE*, o *novo paternalismo* procura fazê-lo de forma a minimizar o mais possível estas ameaças, adoptando o método do *paternalismo suave*, ou seja, a utilização de medidas que não excluam a capacidade do cidadão de decidir de modo voluntário e autónomo.⁴⁸⁷

As três abordagens referidas serão desenvolvidas de seguida.

3.3.1. *Debiasing Through Law*

A *Debiasing Through Law* consiste numa proposta de JOLLS e SUNSTEIN que propugna que a lei deverá incorporar soluções especificamente direccionadas para diminuir ou impedir a ocorrência das vulnerabilidades atrás estudadas.⁴⁸⁸ Conforme referido, as medidas sugeridas inscrevem-se no chamado *paternalismo suave*, pelo que permitem que o cidadão mantenha, tanto quanto possível, a capacidade de decidir como melhor entender.⁴⁸⁹

Cingindo-nos à regulação do comportamento do consumidor, são essencialmente duas as abordagens sugeridas pelos autores. A primeira refere-se ao facto de a *heurística da disponibilidade* permitir afastar o *excesso de optimismo* (e o *enviesamento do auto-serviço*).⁴⁹⁰ Focando-se na circunstância de este *enviesamento* levar o consumidor a desconsiderar riscos pouco *salientes*, JOLLS e SUNSTEIN propõem como solução tornar esses riscos *disponíveis* para o consumidor, de modo a que os passe a ver como mais prováveis.⁴⁹¹ Para tanto, sugerem a divulgação, com letra e forma altamente *salientes*, de casos concretos em que o risco se consumou.⁴⁹²

⁴⁸⁶ *Id.*, pp. 34 e ss.

⁴⁸⁷ P. CSERNE, *Freedom of Contract and Paternalism...*, 2012, pp. 13-15.

⁴⁸⁸ C. JOLLS e C. R. SUNSTEIN – “Debiasing Through Law”, 2006, pp. 200-201.

⁴⁸⁹ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁹⁰ *Id.*, pp. 209, 212 e ss.

⁴⁹¹ *Id.*, p. 212.

⁴⁹² *Id.*, pp. 212-213.

A segunda proposta consiste na utilização do *efeito de enquadramento* para também afastar o *excesso de optimismo*.⁴⁹³ Aqui a ideia é apresentar a informação de modo a enfatizar as *perdas* que o produto ou actividade podem causar ao consumidor.⁴⁹⁴

Note-se que ambas as soluções se encontram hoje em dia amplamente prosseguidas por meio das ferramentas digitais que permitem aos consumidores avaliar as suas experiências de consumo. Face à importância destes mecanismos impõe-se o seu fomento e regulação.

3.3.2. Paternalismo assimétrico

O *Paternalismo assimétrico* constitui uma abordagem sugerida por CAMERER *et al* que, ao se basear nos conhecimentos do *BE* e no facto de a capacidade de influência das vulnerabilidades estudadas poder variar muito de indivíduo para indivíduo e de situação para situação, propõe a implementação de medidas que sejam muito benéficas para quem tome más decisões em resultado dessas realidades, mas não imponham custos a quem não seja por estas afectado – *paternalismo suave*.⁴⁹⁵

Como exemplos de formas de regulação ligadas a esta concepção, temos o fornecimento de informação *saliente e enquadrada*,⁴⁹⁶ o recurso ao *direito de arrependimento*,⁴⁹⁷ e a utilização de *defaults*.⁴⁹⁸

No que respeita às diversas formas pelas quais a informação deverá ser fornecida ao consumidor, remetemos para o que ficou escrito *supra*.⁴⁹⁹

No que toca ao *direito de arrependimento*, este é visto como um instrumento importante para auxiliar o consumidor nos casos em que tome decisões precipitadas em resultado da influência das vulnerabilidades referidas.⁵⁰⁰

⁴⁹³ *Id.*, pp. 210-211.

⁴⁹⁴ *Id.*, pp. 211 e ss.

⁴⁹⁵ C. CAMERER *et al* – “Regulation for Conservatives...”, 2003, p. 1212.

⁴⁹⁶ *Id.*, pp. 1230-1237.

⁴⁹⁷ *Id.*, pp. 1238-1242.

⁴⁹⁸ *Id.*, pp. 1224-1230.

⁴⁹⁹ Cf. *supra* VI, 3.1.2.

⁵⁰⁰ C. CAMERER *et al* – “Regulation for Conservatives...”, 2003, pp. 1238-1239.

Trata-se, hoje em dia, de um dos direitos mais emblemáticos do Direito do Consumo Europeu, o qual tem em vista restabelecer, na medida do possível, o equilíbrio contratual entre consumidor e profissional em situações em que este se encontre particularmente desequilibrado.⁵⁰¹ Embora exista a ideia de que o consumidor não exerce este direito em virtude da influência de *enviesamentos* como o *status quo* ou o *efeito de dotação*,⁵⁰² parece-nos que aquele assume grande importância, dado permitir uma reponderação da decisão tomada.

Por fim, relativamente às *defaults*, esta tese propõe que, face à capacidade de influência que estas ferramentas podem ter no comportamento do consumidor,⁵⁰³ se procure descobrir, mediante estudos, quais as soluções que mais beneficiam a esmagadora maioria dos consumidores para, caso nada o contrarie, (como, p. ex., os custos da sua implementação), serem estabelecidas como *default*.⁵⁰⁴

3.3.3. Paternalismo libertário

O *Paternalismo libertário* constitui a forma mais conhecida de *Novo Paternalismo*. Desenvolvida por THALER e SUNSTEIN e amplamente divulgada através do *best-seller Nudge*,⁵⁰⁵ esta proposta terá sido, muito provavelmente, o principal impulsionador para que, hoje em dia, sejam desenvolvidas políticas assentes nos *BI's* nos EUA, na Europa, e ao longo do globo.⁵⁰⁶

Neste tipo de paternalismo, o conceito de *arquitectura das escolhas* assume um papel fulcral.⁵⁰⁷ Segundo os autores, não existe nenhum *design* que seja completamente neutro.⁵⁰⁸ Todas as situações influenciam e *empurram* o consumidor para determinado comportamento, quer queiramos quer não. Tendo

⁵⁰¹ Sobre o direito de arrependimento, cf. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, pp. 105-115; J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, pp. 152-160; 206-229.

⁵⁰² R. CATERINA – “Architettura delle scelte...”, 2012, p. 75

⁵⁰³ Cf. *supra* III, 5.1.2.

⁵⁰⁴ C. CAMERER *et al* – “Regulation for Conservatives...”, 2003, p. 1226.

⁵⁰⁵ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2008.

⁵⁰⁶ Cf. OECD, *Behavioural Insights...*, 2017, pp. 15 e ss. Sobre o uso dos *BI's* no âmbito da UE – J. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, pp. 15 e ss.

⁵⁰⁷ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2008, pp. 15-16.

⁵⁰⁸ C. R. SUNSTEIN – “The Ethics of Nudging”, 2015, p. vii.

por base esta ideia, a proposta dos autores consiste em estabelecer *arquitecturas situacionais (nudges)* que, à semelhança de um GPS,⁵⁰⁹ direcionem o cidadão para o caminho que, objectivamente, seja o melhor para si, “tal como julgado por si próprio”, mas que, simultaneamente, lhe permitam decidir de outro modo caso assim entenda^{510/511} (paternalismo *suave*).

Assentes nos conhecimentos da Psicologia, algumas destas *arquitecturas* são hoje famosas. É o caso, p. ex., de, numa cantina, os alimentos mais saudáveis serem dispostos em primeiro lugar e os menos saudáveis em último, explorando, dessa forma, o poder das *defaults* para melhorar os hábitos alimentares dos consumidores;⁵¹² ou do recurso à *prova social* e às emoções para potenciar a diminuição do consumo de electricidade - a colocação dos hábitos de consumo dos vizinhos na factura de electricidade acompanhada de um símbolo *smiley* triste ou contente consoante o consumo do agregado familiar seja alto ou baixo.⁵¹³

Contudo, apesar de todo o entusiasmo em torno deste tipo de políticas, tem sido referido que a sua implementação pode pôr em causa a autonomia e liberdade de decisão do cidadão,⁵¹⁴ o que resulta do facto de não ser possível ao legislador saber o que é verdadeiramente melhor para o cidadão em cada momento,⁵¹⁵ da eventualidade de a vontade do legislador estar *enviesada*,⁵¹⁶ e do risco de estas práticas poderem impedir que o cidadão desenvolva a capacidade de decidir por si próprio.⁵¹⁷ Impõem-se, assim, especiais cautelas na sua implementação.⁵¹⁸

⁵⁰⁹ *Id.*, p. viii.

⁵¹⁰ *Id.*, pp. viii e ix.

⁵¹¹ Daí a escolha do epíteto “libertário”.

⁵¹² R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2008, pp. 13-15.

⁵¹³ *Id.*, p. 102.

⁵¹⁴ C. R. SUNSTEIN – “The Ethics of Nudging”, 2015, p. xi

⁵¹⁵ H. A. LUTH, *Behavioural Economics in Consumer Policy*, 2010, pp. 109 e ss.

⁵¹⁶ *Id.*, *Ibid.*

⁵¹⁷ *Id.*, pp. 114-115.

⁵¹⁸ C. R. SUNSTEIN – “The Ethics of Nudging”, 2015, pp. xiii-xvi.

3.4. Proibições

3.4.1. Considerações Gerais

Uma última forma de protecção do consumidor contra as práticas comerciais criadas com base nos conhecimentos da Psicologia consiste na sua proibição. Todavia, trata-se de um tipo de solução que, face ao enorme impacto que pode ter na actividade dos profissionais, deve ser utilizado como último reduto e com base no princípio da proporcionalidade.

A determinação do conjunto de práticas comerciais a proibir não se afigura simples. Por um lado, todas as práticas comerciais têm o mesmo objectivo - *influenciar* o comportamento do consumidor, levando-o a agir de determinada forma. Por outro lado, muitas delas, ainda que possam funcionar de modo insidioso, são tidas como normais e amplamente aceites, sendo reconhecida a importância do *marketing* no desenvolvimento dos mercados e na melhoria das condições de acesso a bens e serviços por parte dos consumidores. Ressalta, assim, a questão de determinar quais os critérios que deverão subjazer à proibição de certas práticas comerciais (e o papel dos conhecimentos da Psicologia nesta sede) e quais os instrumentos legais que deverão ser utilizados para o efeito.

Neste campo, duas propostas de regulação parecem-nos interessantes. Por um lado, o estabelecimento de *pré-aprovações*, isto é, a admissibilidade apenas das práticas que tenham sido objecto de *pré-aprovação* por parte do regulador.⁵¹⁹ Por outro lado, a possibilidade de determinação por *design* das práticas que podem ou não ser endereçadas a cada consumidor⁵²⁰ – *protecção legal por design* – algo que tenderá a vigorar em breve.

Outra modalidade, que tem vindo a ser adoptada pelo legislador europeu nos últimos tempos, corresponde às proibições individuais, como é o caso do art. 22.º da DDC.

⁵¹⁹ S. I. BECHER e Y. FELDMAN – “Manipulating, Fast and Slow...”, 2016, p. 131.

⁵²⁰ Tendo por base, p. ex., as suas características individuais.

Todavia, os instrumentos de regulação por excelência neste âmbito (ainda) são o DL 57/2008 e a DPCD, relativos às PCD, os quais já prevêm a proibição expressa de muitas das práticas atrás referidas, e que, em face do seu regime, poderão ser um importante instrumento para uma regulação equilibrada das práticas baseadas na Psicologia. Procuraremos analisar, em seguida, de que modo é que tal pode ser feito.

3.4.2. Práticas Comerciais Desleais

I. O DL 57/2008 transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 2005/29/CE, relativa às PCD das empresas face aos consumidores no mercado interno (DPCD), a qual, com vista à consecução simultânea dos objectivos europeus de desenvolvimento do mercado interno e garantia de um elevado nível de protecção dos consumidores,⁵²¹ veio procurar harmonizar as regras de regulação desse tipo de práticas a nível europeu (Directiva de harmonização máxima).⁵²²

Todavia, os termos da aplicação dos diplomas não são simples, sendo difícil determinar quais os contornos que uma prática deverá ter para ser proibida. De facto, aplicando-se a *práticas comerciais*, definidas, de modo amplo, no art. 3.º, al. d) do DL como “qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”, quer o DL, quer a DPCD, assentam no conceito de “*deslealdade*”,⁵²³ cujo conteúdo não se encontra claramente expresso, tendo de ser extraído dos respectivos regimes de protecção, das disposições previstas nos Considerandos da DPCD e do preâmbulo do DL que nos fornecem pistas acerca do escopo dos diplomas.

⁵²¹ Cf. preâmbulo do DL 57/2008, e os art.ºs 12.º, 26 e 27.º, 114.º, n.º 1 e 3 e 169.º do TFUE, relativos à conciliação entre os dois objectivos.

⁵²² Isto é, os E.M. não podem, em regra, introduzir ou manter um nível mais elevado de protecção no que respeita ao objecto da Directiva – cf. Cons. 11, 12, 14, 15 e art. 4.º da DPCD.

⁵²³ Cf. art.ºs 4.º-6.º do DL 57/2008 e art.ºs 3.º e 5.º da DPCD.

Ambos os diplomas se focam na protecção dos *interesses económicos* dos consumidores,⁵²⁴ restringindo-se tal protecção às relações entre profissionais e consumidores (*B2C*)⁵²⁵ que tenham por base práticas comerciais que visem “influenciar directamente as decisões de transacção dos consumidores em relação a produtos”.⁵²⁶ Isto é, exige-se que exista uma conexão entre a prática comercial⁵²⁷ e um produto ou serviço⁵²⁸ e que esta desemboque numa “decisão de transacção”.⁵²⁹ Este foco exclusivo nos *interesses económicos* dos consumidores é reforçado pela DPCD ao referir que o diploma não se aplica a requisitos legais relacionados com o “*bom gosto e decência*”, ligados a aspectos morais e culturais, que podem continuar a ser livremente regulados pelos E.M.⁵³⁰

Não obstante essa precisão, a DCPD adverte-nos, todavia, que não são todas as práticas que prejudiquem directamente os *interesses económicos* dos consumidores que são sancionadas, mas sim, em obediência ao princípio da proporcionalidade, apenas aquelas cujas consequências sejam *substanciais*, deixando de fora aquelas cujo impacto seja “negligenciável”.⁵³¹ Por outro lado, estabelece-se igualmente que a DPCD não afecta as práticas publicitárias e comerciais aceites, como a colocação legítima de produtos,⁵³² a diferenciação de marcas ou a oferta de incentivos que possam legitimamente afectar a percepção de um produto pelo consumidor e influenciar o seu comportamento, embora desde que não prejudiquem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida.⁵³³

Face a esta indefinição, impõe-se uma breve análise do regime dos diplomas a fim de tentarmos compreender os contornos que uma prática comercial deve ter

⁵²⁴ Tal protecção encontra-se igualmente prevista na LDC – art. 9.º.

⁵²⁵ Art. 1.º do DL 57/2008.

⁵²⁶ Cons. 7 da DPCD.

⁵²⁷ Cf. Art. 3.º, al. d) do DL 57/2008.

⁵²⁸ Segundo o art. 3.º, al. c) do DL, “produto” é “qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações.

⁵²⁹ Cf. art. 3.º, al. l) do DL 57/2008. A noção será desenvolvida *infra*.

⁵³⁰ É o caso de práticas que ponham em causa os bons costumes ou a cultura vigente em certo EM. No segundo caso, a DPCD dá como exemplo as abordagens na rua para efeitos comerciais, que podem ser consideradas inapropriadas em certas culturas (Cons. 7). Note-se que se algum desses tipos de práticas afectar negativamente os interesses económicos dos consumidores, passa a caber no escopo da DPCD e do DL 57/2008 – T. WILHELMSSON – “Scope of the Directive”, 2005, p. 59.

⁵³¹ Cons. 6 da DPCD.

⁵³² O regime da colocação de produto encontra-se nos arts. 2.º, al. d), 41.º-A e 41.º-C da Lei 27/2007 (Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido).

⁵³³ Cons. 6 DPCD.

para ser considerada “*desleal*”, para, em seguida, procurarmos analisar em que termos é que o recurso aos conhecimentos da Psicologia pode relevar para o efeito.

II. O regime aplicável às PCD’s, quer na DPCD, quer no DL, assenta em três níveis de protecção.

Num primeiro nível, decorre de uma cláusula geral “grande”,⁵³⁴ altamente indeterminada,⁵³⁵ que estabelece a deslealdade de “qualquer prática desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço”.⁵³⁶ Segundo o art. 5.º, n.º 2 do DL, este teste “é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio, ou o membro médio de um grupo, quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”.⁵³⁷

Num segundo nível, o DL prevê a proibição das práticas comerciais *enganosas e agressivas*. Tal é feito através de “pequenas”⁵³⁸ cláusulas gerais que estabelecem conjuntos de elementos que os profissionais tendem a explorar para levar os consumidores a agir do modo por eles pretendido. Também aqui se exige que a prática leve o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.⁵³⁹ Todavia, prescinde-se da aferição da contrariedade da prática com a diligência profissional, a qual se considera automaticamente verificada.⁵⁴⁰

Por fim, num terceiro nível, estabelece-se a proibição de práticas comerciais elencadas individualmente por meio de uma *lista negra* taxativa de práticas⁵⁴¹ – também enganosas ou agressivas – que, face à sua gravidade, são consideradas *desleais (de per se*⁵⁴²) em todas as circunstâncias. O conjunto das práticas

⁵³⁴ H.-W. MICKLITZ – “The General Clause...”, 2005, p. 84.

⁵³⁵ Tal resulta do facto de se pretender que esta cláusula constitua um instrumento flexível, adaptável ao avançar dos tempos, cf. S. PASSINHAS – “A propósito...”, 2017, pp. 160-161.

⁵³⁶ Art. 5.º, n.º 1 do DL 57/2008.

⁵³⁷ Cf. *infra* VI, 3.4.2.1.3.

⁵³⁸ H.-W. MICKLITZ – “The General Clause...”, 2005, p. 85.

⁵³⁹ Cf. *infra* VI, 3.4.2.1.2.

⁵⁴⁰ Cf. Ac. *CHS Tour Services* – Proc. n.º C-435/11, par. 48; CE, *Orientações...*, 2016, pp. 58-59.

⁵⁴¹ Entre nós, a *lista negra* foi transposta para os art.ºs 8.º e 12.º do DL 57/2008.

⁵⁴² H.-W. MICKLITZ – “The General Clause...”, 2005, p. 85.

elencadas na lista pretende ser exaustivo,⁵⁴³ e foi determinado com base nas experiências dos diversos E.M., tornando difícil encontrar um fio condutor que una os diversos tipos de práticas escolhidos.⁵⁴⁴

Uma vez que o regime se encontra delineado do geral para o particular, a sua aplicação deverá ser feita seguindo o caminho inverso – em primeiro lugar, analisar se a prática em causa se encontra expressamente prevista na *lista negra*.⁵⁴⁵ Se a resposta for negativa, aferir, em seguida, se os seus contornos se enquadram nos elementos estabelecidos nas cláusulas que estabelecem a proibição das práticas enganosas e agressivas. Finalmente, se a prática também ultrapassar este teste, avaliar se a mesma é ou não proibida à luz dos pressupostos da cláusula geral.⁵⁴⁶

III. Perante tal regime, coloca-se a questão de saber de que forma é que a Psicologia pode ser utilizada na sua interpretação e aplicação. Encontrando-se a principal fragilidade da regulação das PCD's no carácter altamente indeterminado das suas disposições, pensamos que o recurso à Psicologia permitirá densificar os critérios em que se baseia o regime, bem como torná-los mais realistas, possibilitando a sua adequação ao verdadeiro comportamento do consumidor. Nas próximas linhas procuraremos identificar os principais modos pelos quais este método pode ser utilizado.

3.4.2.1. Cláusula geral

Dos termos das disposições atrás referidas resulta que, à luz da cláusula geral, a deslealdade de uma prática depende da verificação simultânea dos seguintes requisitos:⁵⁴⁷

a) a desconformidade da prática à diligência profissional;

⁵⁴³ Cons. 17.

⁵⁴⁴ T. WILHELMSSON – “Misleading Practices”, 2005, p. 160.

⁵⁴⁵ *Id.*, p. 86.

⁵⁴⁶ Note-se que, embora resulte de uma Directiva de harmonização máxima, este regime comporta exceções – cf. art. 2.º do DL 57/2008, o art. 3.º, n.º 3 e ss. e os Cons.^{os} 10 e 15 DPCD.

⁵⁴⁷ Para uma análise aprofundada destes requisitos, cf. H. T. RIGOR RODRIGUES – “A Cláusula Geral...”, 2008, pp. 9 e ss.

b) a distorção substancial do comportamento económico do consumidor destinatário da prática, avaliada com base no critério do consumidor médio ou o membro médio do grupo, nos casos em que a prática é dirigida a um grupo determinado de consumidores.

Em ambos os casos a Psicologia pode ter um importante papel.

3.4.2.1.1. Conceito de Diligência profissional

No que toca à diligência profissional, o DL fornece-nos a sua noção no art. 3.º, al. h) como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade profissional”.

Projectada inicialmente para se basear no conceito de “práticas habituais do mercado”,⁵⁴⁸ esta disposição foi criada com o propósito de salvaguardar as práticas que, embora possam influenciar o comportamento económico do consumidor, sejam consideradas “conformes aos usos e costumes”.⁵⁴⁹ Todavia, em face aos riscos que tal expressão acarretaria optou-se antes pelo recurso às noções de “prática honesta de mercado” e de “boa fé”, já conhecidas da generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus.⁵⁵⁰

No que respeita ao conceito de práticas honestas, apesar da relevância que têm as especificidades de cada sector, cumpre referir que o critério deverá ser objectivo, tendo por mínimo o “comportamento íntegro por parte de um profissional colocado naquela posição”.⁵⁵¹ Todavia, existem dúvidas no que se refere à determinação do seu conteúdo.

⁵⁴⁸ Cf. Art. 2.º, al. j) da Proposta de DPCD.

⁵⁴⁹ Par. 53 da Exposição de Motivos da Proposta de DPCD – CCE, *Proposta...*, 2003, p. 14.

⁵⁵⁰ A primeira foi importada do Direito da Concorrência. Cf. entre nós, o art. 317.º do CPI.

⁵⁵¹ A fim de se afastar o risco de aceitação de práticas desleais dado serem “habituais” ou a possibilidade de o conceito de diligência profissional flutuar muito consoante os níveis de lealdade que vigorem em cada sector de actividade, deve-se entender que a avaliação do critério é feita independentemente do sector – J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 108. No mesmo sentido, BERR/OFT, *Guidance...*, 2008, par. 10.5.

Segundo a doutrina, a resposta não se encontra nos códigos de conduta de cada sector, dado serem tendencialmente de âmbito nacional e elaborados pelos próprios profissionais sem a colaboração das associações de consumidores.⁵⁵² A melhor solução estaria na criação de Códigos de Conduta Europeus,^{553/554} que, devido à heterogeneidade dos regimes presentes nos diferentes E.M., não foi avante. Em face disto, tem-se defendido o recurso ao Código Consolidado de Práticas Publicitárias e Marketing da CCI, dado o prestígio que goza em muitos dos E.M.⁵⁵⁵ Parece-nos, todavia, que embora venha a acrescentar algo, como a consideração de algumas emoções,⁵⁵⁶ também este dispositivo padece de grande indeterminação conceptual.

No que concerne à boa fé, está em jogo a boa fé objectiva, enquanto regra de conduta,⁵⁵⁷ como comportamento honesto, correcto, leal,⁵⁵⁸ assumindo aqui grande relevo a tese da *culpa in contrahendo* e dos vários deveres de protecção, informação e lealdade a ela ligados.⁵⁵⁹ Trata-se, no entanto, também de uma figura altamente indeterminada, muito dependente do caso concreto.

Segundo SIBONY, a Psicologia pode não ajudar na densificação da “diligência profissional” por se tratar de um conceito normativo.⁵⁶⁰

Parece-nos, contudo, que a Psicologia pode aqui relevar de modo indirecto, dado permitir descortinar e divulgar a totalidade dos contornos e efeitos (e gravidade) de cada prática, possibilitando ao legislador e ao intérprete uma interpretação deste requisito e dos elementos que o integram mais fáceis e conformes com a realidade.

⁵⁵² *Id.*, *Ibid.*

⁵⁵³ Cf. CCE, Livro verde..., 2001, p. 16.

⁵⁵⁴ A.-L. SIBONY – “Can EU Consumer Law...”, 2014, p. 920.

⁵⁵⁵ H.-W. MICKLITZ – “The General Clause...”, 2005, p. 101.

⁵⁵⁶ É o caso do medo, cf. art. 4.º.

⁵⁵⁷ E. S. MOREIRA DA SILVA, *A Responsabilidade pré-contratual...*, 2006, p. 39.

⁵⁵⁸ *Id.*, p. 40.

⁵⁵⁹ A. MENEZES CORDEIRO – “A boa fé nos finais do séc. XX”, 1996, p. 896-901.

⁵⁶⁰ A.-L. SIBONY – “Can EU Consumer Law...”, 2014, p. 922.

3.4.2.1.2. Distorção substancial do comportamento económico dos consumidores

O segundo requisito cujo preenchimento é exigido para que uma prática seja considerada desleal nos termos da cláusula geral é que a mesma “distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço”.⁵⁶¹ Segundo o art. 3.º, al. e) do DL, tal distorção substancial é definida como “a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo”. Por sua vez, por decisão de transacção entende-se “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir”.⁵⁶²

Embora também padeça de grande indeterminação, os contornos da noção de decisão de transacção são hoje pacíficos. Tendo por base a letra da disposição, o TJ vem sustentar que o conceito abrange as diversas decisões que o consumidor pode tomar em relação a um produto⁵⁶³ - não apenas a decisão de aquisição de um produto ou serviço, mas também decisões como a de entrar numa loja,⁵⁶⁴ visitar um *website* ou passar mais tempo na Internet para fazer uma reserva, aceitar uma apresentação comercial realizada por um profissional, ou não mudar de prestador de serviços.⁵⁶⁵

Contudo, a conjugação desta noção ampla de “*decisão de transacção*” com alguns requisitos ligados à “*distorção substancial*” suscita algumas dificuldades. Referimo-nos ao facto de a distorção poder ser actual ou potencial (“*ser susceptível de*”) e à circunstância de, em obediência ao princípio da proporcionalidade, se

⁵⁶¹ Cf. art. 5.º, n.º 1 do DL 57/2008.

⁵⁶² Art. 3.º al. I) do DL 57/2008.

⁵⁶³ Nas palavras do TJ – “qualquer decisão directamente relacionada com a decisão de adquirir ou não um produto” – Proc. C-281/12, par. 38.

⁵⁶⁴ Proc. C-281/12, par. 36.

⁵⁶⁵ Para estes e mais exemplos, CE, *Orientações...*, 2016, pp. 39-43.

exigir que a distorção seja “*substancial*”, isto é, apenas abranja as práticas cujos efeitos sejam “*suficientemente importantes*” no que toca à susceptibilidade de alteração do comportamento do consumidor,⁵⁶⁶ deixando de fora aquelas cujo impacto seja “*negligenciável*”.⁵⁶⁷

Infelizmente, nem as Orientações sobre a execução/aplicação da DPCD, nem a DPCD, nos fornecem exemplos ou pistas que permitam identificar quais as práticas que se podem encaixar em cada uma dessas categorias. Apenas a Exposição de Motivos da Proposta de DPCD refere como exemplos de práticas “*negligenciáveis*” a oferta de chá, café ou serviço de transporte gratuitos aos consumidores,⁵⁶⁸ o que nos parece duvidoso atenta a influência da *reciprocidade*.⁵⁶⁹ Há, aliás, quem defenda que, ao permitir a limitação da liberdade de movimentos (e de escolhas) do consumidor, a oferta de transporte pode configurar uma prática *agressiva*.⁵⁷⁰

Face ao exposto, a doutrina⁵⁷¹ tem sugerido cada vez mais o recurso à Psicologia⁵⁷² para determinar o conteúdo deste requisito. Todavia, esta abordagem não é isenta de riscos. Uma vez que a Psicologia permite comprovar a existência de uma multiplicidade de influências que a maior parte de nós não fazia ideia, existe o perigo de fazermos uma interpretação demasiado literal da expressão “*distorção substancial*” e proibirmos todas as práticas que interfiram no comportamento do consumidor, mesmo aquelas que são comuns e até benéficas.⁵⁷³

É, aliás, este o principal argumento de GOMEZ POMAR para negar a relevância da *market manipulation* no âmbito da DPCD – o risco de se proibir a esmagadora maioria das práticas comerciais.⁵⁷⁴

Impõe-se, assim, a difícil questão de tentar determinar o que deve ser considerado distorção substancial à luz da Psicologia.

⁵⁶⁶ Par. 54 da Exposição de Motivos da Proposta de DPCD – CCE, *Proposta...*, 2003, p. 14.

⁵⁶⁷ Cons. 6 da DPCD.

⁵⁶⁸ Par. 54 da Exposição de Motivos da Proposta de DPCD – CCE, *Proposta...*, 2003, p. 14

⁵⁶⁹ Cf. *supra* III, 3.2.

⁵⁷⁰ C. TWIGG-FLESNER *et al*, *An Analysis of...*, 2005, p. 11.

⁵⁷¹ Por todos – A.-L. SIBONY – “Can EU Consumer Law...”, 2014, pp. 922 e ss.

⁵⁷² TRZASKOWSKI sugere também o recurso às Neurociências ou outras tecnologias como o *Eye-tracking* ou os *Testes A/B* – J. TRZASKOWSKI – “Lawful Distortion...”, 2016, p. 30.

⁵⁷³ Neste sentido, A. TOR – “Some Challenges...”, 2014, p. 15.

⁵⁷⁴ Cf. F. GÓMEZ POMAR – “The Unfair Commercial...”, 2006, pp. 8-10.

Nesta sede, TOR propõe a distinção entre os casos em que a prática provoca algum *enviesamento* no comportamento do consumidor, e o explora (distorce), daqueles em que a prática apenas se aproveita de um *enviesamento* espontâneo do processo de decisão do ser humano, dando como exemplo o *efeito de atracção*, em que nunca é possível saber, com certeza, se a escolha do consumidor foi ou não determinada por ele.⁵⁷⁵ Ainda assim, o autor defende que a distinção entre os dois tipos é difícil e não exclui que possam existir práticas do segundo tipo que sejam desleais, devendo todas as práticas ser analisadas com o máximo de cuidado pela Psicologia.⁵⁷⁶

Por seu turno, SIBONY sugere a utilização do conceito de *influência*, no sentido estudado por CIALDINI, defendendo, como exemplo, o recurso ao *compromisso* como critério para considerar “*distorção substancial*” as técnicas sequenciais que o exploram.⁵⁷⁷ Por outro lado, sugere que, nos casos em que na(s) *lista(s) negra(s)*⁵⁷⁸ se preveja a proibição de apenas uma dimensão de dada técnica baseada em certo conceito da Psicologia, se recorra à analogia para considerar *distorção substancial* as restantes dimensões da mesma.⁵⁷⁹

Da nossa parte, pensamos que, em face da delicadeza da questão, e à luz da definição de *distorção substancial*, devemos interpretar o conceito de acordo com o critério que tem presidido ao estabelecimento de proibições de práticas comerciais no âmbito europeu – a robustez do carácter *enganoso* ou *agressivo* das práticas para determinar o comportamento do consumidor, levando-o a tomar decisões com elevado potencial de arrependimento,⁵⁸⁰ as quais nunca tomaria não fosse o erro que lhe foi imposto ou a pressão a que foi sujeito.

Por conseguinte, entendemos que a *distorção substancial* deverá referir-se a práticas cujos efeitos *enganosos* ou *agressivos* sejam robustos, pacíficos à luz da Psicologia, tendencialmente insidiosos e difíceis de afastar pelo consumidor (*médio*, analisado de seguida). Nesta medida concordamos inteiramente com a

⁵⁷⁵ A. TOR – “Some Challenges...”, 2014, pp. 15-16.

⁵⁷⁶ *Id.*, p. 16

⁵⁷⁷ A.-L. SIBONY – “Can EU Consumer Law...”, 2014, pp. 922 e ss.

⁵⁷⁸ Art.ºs 8.º e 12.º do DL 57/2008; Anexo I da DPCD.

⁵⁷⁹ *Id.*, pp. 935-936.

⁵⁸⁰ E, muitas vezes, em contextos em que não goza de *direito de arrependimento*, como é o caso dos estabelecimentos comerciais físicos.

primeira proposta de SIBONY, pois refere-se a práticas que se encaixam nesse critério.⁵⁸¹ No entanto, consideramos que, em face dos seus traços, pelo menos, a generalidade das técnicas baseadas em *âncoras*,^{582/583} em especial os *preços-a-canta-gotas*,⁵⁸⁴ ou os casos de *defaults* enganosas e desequilibradas podem também ser consideradas *distorção substancial* no âmbito da cláusula geral.⁵⁸⁵

3.4.2.1.3. Consumidor médio

Conforme referido, à luz da cláusula geral, a avaliação da capacidade da prática em distorcer o comportamento económico do consumidor deve ser feita por referência ao “consumidor médio” ou ao “membro médio do grupo”, no caso de a prática ser dirigida a um grupo determinado de consumidores.

Tal como a “*distorção substancial*”, também este critério tem as suas origens no princípio da proporcionalidade, tendo em vista o equilíbrio entre a protecção do consumidor e o desenvolvimento do mercado interno.⁵⁸⁶ Criado e desenvolvido pelo TJ, o conceito foi adoptado pela DPCD com o fim de estabelecer um padrão de consumidor típico que servisse como critério objectivo comum⁵⁸⁷ para aferir o nível de deslealdade de dada prática comercial.

De acordo com o Cons. 18 da DPCD, o consumidor médio é definido como um consumidor “(...) normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça (...)”.

⁵⁸¹ A segunda não pode ser aplicada sem mais, dependendo do caso concreto.

⁵⁸² Cf. *supra* III, 3.1; n. 147.

⁵⁸³ Note-se que aquelas que não estiverem ligadas a um produto ou serviço, terão de ser objecto de proibição individual – Cons. 7 DPCD. P. ex., a prática segundo a qual o pagamento com cartão apenas é possível para valores acima de “x”. O facto de ser uma prática afim da *influência indevida*, que não cabe no regime dos vícios da vontade do CC (em especial, nas coacções moral e física – art.ºs 255.º e 246.º) impõe como solução a criação de uma proibição individual (a nível europeu, atenta a harmonização máxima da DPCD). Admitimos, todavia, a possibilidade de uso da técnica no que respeita a valores baixos (p. ex. 5€) justificada, p. ex., pela protecção do pequeno comércio.

⁵⁸⁴ Cf. OECD, *Use of Behavioural Insights...*, 2017, p. 16.

⁵⁸⁵ Caso não caiam no segundo nível.

⁵⁸⁶ Cf. Cons. 18 da DPCD e CE, *Orientações...*, 2016, p. 44.

⁵⁸⁷ Cf. CE, *Orientações...*, 2016, p. 44.

Esta fórmula, originária da combinação das representações de consumidor médio desenvolvidas pelo TJ nos Acórdãos *Mars, Gut Springenheide e Estée Lauder*⁵⁸⁸ representa, contudo, um dos elementos mais polémicos da DPCD, tendo sido, ao longo dos anos, objecto de contestação pela doutrina⁵⁸⁹ e até pelas instituições europeias.^{590/591} Ao parecer basear-se não na ciência, mas sim no senso comum e/ou em modelos teóricos abstractos, como o *Homo economicus* ou o *consumidor empoderado*, tem-se entendido que o conceito é demasiado exigente,⁵⁹² referindo-se não ao modo como o consumidor se comporta, mas sim à forma como se deveria comportar.⁵⁹³

É certo que o conceito foi objecto de correcções por parte do TJUE, designadamente no Ac. *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, onde se admite que o “nível de atenção do consumidor médio é susceptível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa”,⁵⁹⁴ ou no Ac. *Bang & Olufsen A/S*⁵⁹⁵ onde o Tribunal Geral concretiza esta ideia, ao enunciar que “no tocante a produtos de consumo corrente, o grau de atenção do consumidor médio é menor que o dedicado a bens duradouros ou, simplesmente, a bens de maior valor ou de uso mais excepcional”.^{596/597} Por outro lado, no “exercício da sua faculdade de julgamento”,⁵⁹⁸ diversos tribunais nacionais têm procurado adequar os termos do conceito ao caso concreto.⁵⁹⁹

Ainda assim, os problemas acima suscitados não foram dissipados, pelo contrário. O facto de o critério normalmente utilizado para a sua concretização ser unicamente a “*presumível expectativa*” do consumidor médio⁶⁰⁰ gera não só

⁵⁸⁸ Proc.^{os} do TJ C-470/93, C-210/96 e C-220/98, respectivamente.

⁵⁸⁹ Por todos, J. PEGADO LIZ – “A “Lealdade”...”, 2005, p. 77.

⁵⁹⁰ Cf. Resolução do PE, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia..., par. 3.º - “a noção de «consumidor médio» carece da flexibilidade necessária (...)”.

⁵⁹¹ A noção é criticada à luz dos *BI's* – J. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 9.

⁵⁹² Cf. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 110.

⁵⁹³ J. TRZASKOWSKI – “The Unfair Commercial...”, 2013, p. 10.

⁵⁹⁴ Cf. Proc. C-342/97, par. 26.

⁵⁹⁵ Proc. T-508/08.

⁵⁹⁶ Cf. par. 33.

⁵⁹⁷ Cf. também os casos do TJ - *Procter and Gamble vs OHIM* (Proc. C-383/99), - e do TPI – *Rotter/IHMI* (Proc. T-449/07) e *Koipe Corp. v OHIM* (Proc. T-363/04).

⁵⁹⁸ Cons. 18.

⁵⁹⁹ Cf. os exemplos fornecidos em CE, *Orientações...*, 2016, p. 45.

⁶⁰⁰ *Id.*, *Ibid.*, e, p. ex., Ac. *Gut Springenheide*, Proc. C-210/96, par. 31.

insegurança jurídica, mas também a possibilidade de desprotecção do consumidor “real”.

Face a estas questões, cada vez mais se tem defendido o recurso à Psicologia⁶⁰¹ como solução para se encontrar o verdadeiro “consumidor médio”.⁶⁰² Ideia esta que, aliás, é corroborada pelo art. 114.º, n.º 3 do TFUE, e tem vindo a ser sustentada, desde 2009, nas Orientações sobre a execução/aplicação da DPCD.⁶⁰³ O próprio TJ, nos casos *Gut Springenheide*⁶⁰⁴ e *Estée Lauder*,⁶⁰⁵ parece ter admitido essa possibilidade, ao referir que, em certas circunstâncias particulares, um tribunal nacional, pode decidir, em conformidade com o direito nacional, ordenar um exame pericial ou sondagem de opinião destinados a esclarecê-lo quanto ao carácter enganoso de uma indicação publicitária, ou determinar a percentagem de consumidores enganados por determinada prática, para justificar, se necessário, a sua proibição.^{606/607}

A Psicologia pode ser utilizada de duas formas complementares – no estudo e aferição do verdadeiro comportamento do consumidor médio e na análise do impacto de cada prática comercial nesse comportamento.⁶⁰⁸

Note-se que, apesar dos benefícios que podem resultar do recurso a estas ciências, estes podem não ser suficientes para dissipar a totalidade dos problemas resultantes da utilização do critério do consumidor médio. De facto, um tal critério, ainda que baseado na Psicologia, pode ser difícil de aferir, dadas as diferenças individuais e circunstâncias concretas de cada consumidor,⁶⁰⁹ não esquecendo o

⁶⁰¹ J. TRZASKOWSKI – “The Unfair Commercial...”, 2013, p. 28. Também aqui o autor refere as Neurociências e técnicas como o *Eye-tracking* e os *Testes A/B*.

⁶⁰² De acordo com TRZASKOWSKI, isto permitiria aos tribunais alterar o critério no sentido do *just-below-average-consumer*, mais consentâneo com a realidade – J. TRZASKOWSKI – “User-generated marketing...”, 2011, pp. 374-377.

⁶⁰³ Isto apesar de as Orientações não serem juridicamente vinculativas – CE, *Orientações...*, 2016, pp. 5, 61.

⁶⁰⁴ Proc. C-210/96.

⁶⁰⁵ Proc. C-220/98.

⁶⁰⁶ Proc. C-210/96 – par.ºs 35 e 36. Proc. C-220/98 – par. 31.

⁶⁰⁷ Esta última referência ao uso de percentagens de consumidores colide com o facto de a DPCD estabelecer que o critério do consumidor médio não é estatístico, mas sim resultado do julgamento das autoridades nacionais, tendo em conta a jurisprudência do TJ (Cons. 18). Alguma doutrina opõe-se a esta ideia face à importância do uso de dados estatísticos em experiências ligadas ao *BE* – K. PURNHAGEN e E. VAN HERPEN – “Can Bonus Packs Mislead...”, 2014, p. 29.

⁶⁰⁸ J. TRZASKOWSKI – “Lawful Distortion...”, 2016, p. 37.

⁶⁰⁹ A. TOR – “Some Challenges...”, 2014, p. 17.

risco que está inerente a este tipo de critérios – a desprotecção de muitos consumidores, quer em geral, quer no que respeita a práticas concretas às quais sejam mais vulneráveis.⁶¹⁰

Em face destas questões, TRZASKOWSKI sustenta que, face à necessidade de conciliação entre os dois objectivos da DPCD – prossecução do mercado interno e protecção do consumidor – não é possível solucionar aqueles problemas, sendo necessário tolerar um certo grau de distorção do comportamento económico do consumidor.⁶¹¹ Aliás, a utilização deste tipo de critério tem justamente isso em vista.⁶¹² Parece-nos, pois, que a estratégia mais recomendável na utilização da fórmula do consumidor médio deverá passar por tentar adaptá-la o melhor possível, em cada caso, à realidade concreta que estiver em causa, tendo em conta aspectos como os efeitos da prática e a robustez dos mesmos à luz da Psicologia, o tipo de bem que estiver em causa, e as condicionantes em jogo, como a influência dos aspectos sociais, educacionais e culturais na percepção da prática.⁶¹³

3.4.2.1.4. Consumidores particularmente vulneráveis

Tendo consciência que a fórmula do consumidor médio deixa de fora a protecção dos consumidores mais frágeis, o legislador europeu instituiu um regime específico para os chamados *consumidores particularmente vulneráveis*.⁶¹⁴ Segundo o art. 5.º, n.º 3 da DPCD, “as práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que considere que o profissional poderia razoavelmente

⁶¹⁰ Existe ainda o risco de causar custos aos consumidores acima da média, que pode ser dissipado por estratégias como o *paternalismo assimétrico* – *Id.*, p. 18.

⁶¹¹ J. TRZASKOWSKI – “User-generated marketing...”, 2011, pp. 375-376.

⁶¹² Cons. 18 da DPCD.

⁶¹³ Ou seja, os critérios da DPCD e do TJ estão no caminho certo. Apenas carecem do amparo da Psicologia.

⁶¹⁴ Para mais desenvolvimentos, cf. B. DUIVENVOORDE – “The Protection...”, 2013, pp. 72 e ss.

ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo.”^{615/616}

Trata-se, todavia, de um regime muito criticado uma vez que, face à exigência dos seus requisitos, acaba por, na prática, desproteger aqueles que carecem de maior protecção.⁶¹⁷

Cingindo-nos ao papel que a Psicologia pode ter neste campo, pensamos que esta pode ser benéfica no que se refere à identificação das práticas que, embora dirigidas à totalidade dos consumidores, tenham por objectivo visar grupos homogéneos de consumidores particularmente vulneráveis,⁶¹⁸ bem como dos tipos de práticas susceptíveis de distorcer o seu comportamento.

Por outro lado, a Psicologia também ter algo a dizer nos factores de vulnerabilidade enumerados no artigo. De facto, tem-se defendido que a escolha dos factores de vulnerabilidade foi arbitrária.⁶¹⁹ Situações como a condição económica e social ou a falta de experiência, conhecimentos ou habilitações também constituem importantes fontes de fragilidade a ter em conta.⁶²⁰

Nas Orientações sobre a execução/aplicação da DPCD sustenta-se o carácter não exaustivo dos factores enunciados no n.º 3 do art. 5.º da DPCD. Para tanto, baseiam-se no facto de o Cons. 19, à luz do qual o art.º 5.º, n.º 3 deve ser interpretado, se referir a essa lista como exemplificativa – por meio da utilização

⁶¹⁵ A primeira parte do preceito foi transposta, de modo quase idêntico, pelo art. 6.º, n.º 1 do DL 57/2008. O art. 5.º, n.º 3 da DPCD contém uma segunda parte, nos termos do qual aquela disposição “não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente”. Todavia, o legislador nacional optou por não a transpor, o que vai contra o tipo de harmonização pretendido através da DPCD. Tal tem sido considerado uma tomada de posição nacional contra a admissibilidade do *dolus bonus* no Direito do Consumo Português. Cf. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 130.

Cumprido, contudo, aqui referir que, para nós, as técnicas atrás estudadas não consubstanciam *dolus bonus* (art. 253.º, n.º 2 do CC). Em primeiro lugar, tal figura está tradicionalmente ligada a declarações do profissional, as quais nestas práticas são raras (e as que existam integram o conteúdo do contrato – p. ex. art.º 224.º CC e art.ºs 8.º e 7.º, n.º 5 LDC). Por outro lado, esta figura pressupõe a criação ou dissimulação de erro (apenas, agressividade não), a qual, nos casos em que ocorra, se encontra no âmbito da DPCD e DL 57/2008 – sendo considerada *substancial* ou *negligenciável*. Por fim, em face dos extensos deveres de lealdade, informação e esclarecimento que hoje impedem sobre os profissionais, tem-se entendido que a possibilidade de “dolo bom” é “inadmissível” ou muito diminuta – cf. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 102; M. MIRANDA BARBOSA – “O Regime...”, 2017, pp. 85-87.

⁶¹⁶ Cf. também o Cons. 19 da DPCD.

⁶¹⁷ J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 110.

⁶¹⁸ Um exemplo famoso reporta-se à utilização de uma personagem de ficção por uma marca de tabaco, o *Joe Camel*, cujos traços tiveram em vista alcançar a população mais jovem.

⁶¹⁹ J. TRZASKOWSKI – “The Unfair Commercial...”, *cit.*, p. 34.

⁶²⁰ *Id.*, *Ibid.*

da expressão “como”.⁶²¹ Todavia, não é fácil identificar critérios para a aferição da vulnerabilidade. Na maior parte das vezes, tudo depende do caso concreto. Ninguém é sempre vulnerável ou médio (os primeiros podem tomar decisões acima da média e os segundos abaixo da média).⁶²² O próprio PE reconhece que a vulnerabilidade pode ser temporária e que todos nós podemos ser vulneráveis em certo ponto da vida devido a factores externos.⁶²³ Situações pessoais e decisões complexas, raras e dispendiosas são apontadas como importantes determinantes da vulnerabilidade do consumidor que deveriam ser consideradas individualmente.⁶²⁴ Também aspectos sociais, culturais e linguísticos têm aqui relevância.⁶²⁵ A utilização da Psicologia pode assumir aqui um importante papel na determinação das situações a considerar e respectivas soluções.

3.4.2.2. Práticas enganosas e agressivas

Conforme referido, num segundo nível, o regime de protecção dos consumidores contra as PCD's estabelece a proibição das práticas comerciais *enganosas e agressivas*, prevista nos art.^{os} 6.º, al.^{as} b) e c) e desenvolvidas nos art.^{os} 7.º e 9.º (*práticas enganosas*, divididas em *acções enganosas* e *omissões enganosas*) e 11.º (*práticas agressivas*).

Segundo o art. 7.º, n.º 1 do DL, são consideradas *acções enganosas* as práticas que contenham informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induzam ou sejam susceptíveis de induzir em erro o *consumidor médio*⁶²⁶ em relação a determinados elementos enumerados no artigo, e o conduzam ou sejam susceptíveis de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.

⁶²¹ CE, *Orientações...*, 2016, p. 49.

⁶²² J. TRZASKOWSKI – “Lawful Distortion...”, 2016, p. 32.

⁶²³ Resolução do PE, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia..., par. “D”.

⁶²⁴ J. TRZASKOWSKI – “The Unfair Commercial...”, 2013., p. 21.

⁶²⁵ H.-W. MICKLITZ – “The General Clause...”, 2005, pp. 112-113.

⁶²⁶ O DL não refere o consumidor médio, embora tal se imponha pela interpretação conforme à DPCD, defendida pelo TJ – Ac. *VTB-VAB e Galatea* – proc.^{os} apensos C-261/07 e C-299/07 – par. 55.

De acordo com o art. 9.º do DL são consideradas *omissões enganosas* as práticas que, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, conduzam ou sejam susceptíveis de conduzir o consumidor médio a uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo e consistam em omissões de requisitos de informação substancial para uma decisão negocial esclarecida do consumidor; na ocultação de informações ou fornecimento das mesmas de modo pouco claro, ininteligível ou tardio; ou na ocultação do carácter comercial da prática se tal não se puder depreender do contexto (art. 9.º, n.º 1, al.^{as} a), b) e c)). Os requisitos exigidos para a informação ser considerada substancial estão previstos nos art.^{os} 9.º, n.º 3 e 10.º do DL.

De acordo com o art. 11.º, n.º 1 do DL 57/2008, são agressivas as práticas que devido a *assédio, coacção ou influência indevida*, limitem ou sejam susceptíveis de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio⁶²⁷ em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduzam ou sejam susceptíveis de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo. Segundo o n.º 2 do art. 11.º, na determinação do carácter agressivo da prática deve-se atender “ao caso concreto e a todas as suas características e circunstâncias”, sendo enumerados, de modo exemplificativo, em várias alíneas, diversos factores a ter em conta para tal determinação.

Conforme podemos constatar ao longo da parte III do presente texto, são inúmeros os casos de técnicas baseadas na Psicologia que preenchem os requisitos e cabem nas cláusulas destas disposições, constituindo este o âmbito por excelência para a utilização dessa ciência na regulação das PCD's. Os estudos da Psicologia podem ter aqui o importante papel de servir de fundamento para a consideração de que determinada prática preenche certo requisito ou se insere em dada cláusula – densificando-os/as. A própria CE remete para esta ideia quando refere, no âmbito das *acções enganosas*, que os estudos do *BE* fundamentam o

⁶²⁷ Mais uma vez, segundo uma interpretação conforme à DPCD.

facto de a apresentação da informação poder influenciar o comportamento dos consumidores.⁶²⁸

Segundo SIBONY, o recurso à Psicologia pode ainda servir para ampliar o âmbito destas disposições, uma vez que, através das suas categorizações permite fundamentar paralelismos e analogias com as práticas previstas no terceiro nível⁶²⁹ – listas de *acções enganosas* e de *práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância* (art.ºs 8.º e 12.º do DL 57/2008 e Anexo I da DPCD).

⁶²⁸ CE, *Orientações...*, 2016, p. 61.

⁶²⁹ Por exemplo, outras dimensões da *bait and switch* não previstas nas listas. Embora SIBONY se refira apenas às práticas enganosas nenhuma razão existe para que não se aplique também às agressivas – A.-L. SIBONY – “Can EU Consumer Law...”, 2014, pp. 936-937.

VII. Conclusão

Do estudo atrás empreendido resulta evidente a (cada vez maior) importância da utilização da Psicologia na protecção do consumidor face aos efeitos das modernas formas de práticas comerciais.

Numa primeira parte constatámos que, à luz da Psicologia, são diversos os casos em que o processo de decisão do consumidor padece de vulnerabilidades ou fragilidades, os quais afastam por completo qualquer ideia de consumidor enquanto ser totalmente racional ou *Homo economicus*, bem como as teorias económicas que fundamentam esse tipo de construções. Ficou também patente que cada uma dessas vulnerabilidades pode ser, e é efectivamente, explorada por diversos tipos de técnicas e práticas communente utilizadas pelos profissionais com vista a levar o consumidor a agir no sentido por eles pretendido. Em resultado das evoluções na Psicologia, e, em especial, nos meios de recolha e processamento de dados (e nas Neurociências), este fenómeno tende a se agravar no futuro, sendo, aliás, esta a questão que maior preocupação suscita hoje em dia – a de saber o verdadeiro potencial destas técnicas e quais as formas de acautelar os riscos delas resultantes.

Os meios de protecção do consumidor contra os efeitos desse tipo de práticas são tradicionalmente divididos entre meios voluntários e meios legalmente impostos.

Os primeiros resultam essencialmente de estratégias levadas a cabo pelos consumidores que podem melhorar as suas tomadas de decisão, influenciando de modo indirecto no comportamento dos profissionais, ou de medidas desenvolvidas pelos profissionais que, visando em primeira linha a promoção dos seus produtos, acabam por beneficiar o consumidor. Todavia, dado padecerem de diversas limitações acabam por não constituir uma solução totalmente viável, impondo-se a necessidade de medidas legais.

Os segundos correspondem às abordagens do Direito do Consumo que, para nós, melhor podem proteger o consumidor contra os efeitos lesivos das práticas

comerciais – o fornecimento de informação ao consumidor, a educação e formação do consumidor, as propostas do *novo paternalismo*, e as proibições.

Em face dos inúmeros reparos que têm sido feitos às soluções do Direito do Consumo europeu, tidas como alheias às reais necessidades do consumidor, optou-se por uma análise crítica das mesmas, procurando identificar os seus principais problemas e aquelas que, à luz da Psicologia, constituem as melhores estratégias para os afastar. Esta abordagem teve igualmente em conta o facto de um pouco por todo o globo e, em particular, no âmbito europeu, a utilização dos *BI's* no desenvolvimento de regulações legais estar a assumir uma relevância cada vez maior.

O fornecimento de informação parece-nos uma medida essencial ao processo de decisão do consumidor. Todavia, para ser realmente benéfica e eficaz carece de melhoramentos na forma e no conteúdo da informação, que a tornem mais apelativa para o consumidor. A Internet e as novas tecnologias assumem aqui um papel chave. Conforme demonstrámos com base num estudo da OCDE, têm-se verificado grandes avanços nesta área.

No que respeita à formação e educação do consumidor, no seguimento das conclusões de estudos europeus, estas devem ter em conta os conhecimentos da Psicologia, no sentido de se perceber as melhores formas de auxiliar o consumidor. Neste campo, o apoio de peritos nas tomadas de decisão do consumidor também constitui uma medida importante.

No que toca ao *novo paternalismo*, procuramos agrupar as soluções que a doutrina americana ligada à utilização da Psicologia no Direito entende serem aquelas que melhor podem proteger o consumidor contra à exploração das suas vulnerabilidades cognitivas – desde o aproveitamento destas vulnerabilidades para auxiliar o consumidor, até soluções mais tradicionais, como o *direito de arrependimento*.

Por fim, as proibições, dado constituírem a forma de regulação mais restritiva dos direitos dos profissionais, devem estar reservadas para as situações mais graves. Em face do interesse crescente do legislador europeu na utilização dos *BI's* já existem casos de proibições de práticas criadas à luz da Psicologia,

como o art. 22.º da DDC, que sanciona a utilização de *defaults* abusivas. Todavia, os instrumentos por excelência para a protecção do consumidor face a esse tipo de práticas deverão ser a DPCD e o DL 57/2008, os quais contemplam já a proibição de diversos casos. A interpretação destes dispositivos à luz da Psicologia permitirá a sua melhor adequação à realidade actual e o afastamento de práticas que, segundo esses conhecimentos, revestem um carácter enganoso ou agressivo suficientemente robustos para justificar a sua proibição.

Através deste trabalho pretendemos realizar uma chamada de atenção para a importância da utilização da Psicologia na protecção do consumidor. Em face do exposto, as perspectivas futuras são animadoras. Insistimos, todavia, na urgência na busca de soluções cabais para os riscos dos *Big Data*.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005

ANDERSON, Eric T. – “Effects of \$9 Price Endings on Retail Sales: Evidence from Field Experiments”, *Quantitative Marketing and Economics*, n.º 1, 2003, pp. 93-110 (com DUNCAN I. SIMESTER)

ARIELY, Dan – “Neuromarketing: the hope and the hype of neuroimaging in business”, *Nature*, vol. 11, 2010, pp. 284-292 (com GREGORY S. BERNIS).
– *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, Harper Collins, Nova Iorque, 2008

BABCOCK, Linda – “Explaining Bargain Impasse: The Role of Self-Serving Biases”, *Journal of Economic Perspectives*, n.º 11, 1997, pp. 109-126 (com GEORGE LOEWENSTEIN)

BADDELEY, Alan – “Working Memory”, *Science*, vol. 255, 1992, pp. 556-559

BARBOSA, Mafalda Miranda – “O Regime das Práticas Comerciais Desleais (no Contexto Mais Amplo do Ordenamento Jurídico): o Diálogo com os Regimes Específicos de Protecção dos Consumidores e com o Regime dos Vícios da Vontade”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 13, 2017, pp. 67-105

BAR-GILL, Oren – “Competition and Consumer Protection: A Behavioral Economics Account”, *NYU Law and Economics Research Paper n.º 11-42*, 2011, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1974499
– “Informing Consumers About Themselves”, *NYU Center for Law & Economics, Research Paper n.º 07-44*, 2007

BARGH, John A. – “Unconscious Behavioral Guidance Systems”, 2009, disponível em:

http://acmelab.yale.edu/sites/default/files/2010_unconscious_behavioral_guidance_systems.pdf (com EZEQUIEL MORSELLA)

– “Losing Consciousness: Automatic Influences on Consumer Judgement, Behavior and Motivation, *Journal of Consumer Research*, vol. 29, 2002, pp. 280-285

– “The Unbearable Automaticity of Being”, *American Psychologist*, vol. 54, n.º 7, 1999, pp. 462-479 (com TANYA L. CHARTRAND)

BAUMEISTER, Roy F. – “Ego Depletion: Is the Active Self a Limited Resource?”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 74, n.º 5, 1998, pp. 1252-1265 (com ELLEN BRATSLAVSKY, MARK MURAVEN E DIANNE M. TICE)

VAN BAVEL, René, *Applying Behavioural Sciences to EU-Policy making*, Comissão Europeia, Joint Research Centre, Institute for Prospective Technological Studies, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2013 (com BENEDIKT HERRMANN, GABRIELE ESPOSITO e ANTONIOS PROESTAKIS)

BECHER, Shmuel I. – “Manipulating Fast and Slow: The Law of Non-verbal Market Manipulations”, *Cardozo Law Review*, vol. 38, 2016, pp. 101-148 (com YUVAL FELDMAN)

BERMAN, Micah L. – “Manipulative Marketing and First Amendment”, *Georgetown Law Journal*, vol. 103, 2015, pp. 497-546

BERR/OFT, *Guidance on the UK Regulations (May 2008), Implementing the Unfair Commercial Practices Directive*, 2008

BEUC – “Data Collection, Targeting and Profiling of Consumers Online”, BEUC discussion paper, 2010, disponível em www.beuc.eu/publications/2010-00101-01-e.pdf

BLAKEMORE, Michael, *Evaluation of Consumer Education, Information and Capacity Building Actions: Final Report*, Ecorys UK, 2011 (com NICOLA SMITH)

VAN BOOM, Willem H. – “Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, n.º 34, 2011, pp. 359-376

BROWN, Christina L. – “The Skeptical Shopper: A Metacognitive Account for the Effects of Default Options on Choice”, *Journal of Consumer Research*, vol. 31, 2004, pp. 529-539 (com ARADHNA KRISHNA)

BUBLITZ, Jan Christoph – “Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination”, *Criminal Law and Philosophy*, n.º 8, 2014, pp. 51-77 (com REINHARD MERKEL)

CALO, Ryan – “Digital Market Manipulation”, *The George Washington Law Review*, vol. 82, 2014, pp. 995-1051

CAMERER, Colin – “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Assymetrical Paternalism”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, 2003, pp. 1211-1254 (com SAMUEL ISSACHAROFF, GEORGE LOEWENSTEIN, TED O’DONOGHUE e MATTHEW RABIN)

CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 4.º Edição, Almedina, Coimbra, 2017

– “Reflexão em Torno dos Contratos Promocionais com Objecto Plural”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 499-520

CATERINA, Raffaele – “Architectura delle scelte e tutela del consumatore”, *Consumatori, Diritti e Mercato*, n.º 2, 2012, pp. 73-80

CIALDINI, Robert B., *Influência: A psicologia da persuasão*, 2.ª Edição, Sinais de Fogo, Lisboa, 2015

– “Basic Social Influence Is Underestimated”, *Psychological Inquiry*, vol. 16, n.º 4, 2005, pp. 158-161

– “Sequential Request Compliance Tactics”, in JOHN S. SEITER e ROBERT H. GASS (Eds.), *Perspectives on Persuasion, Social Influence and Compliance Gaining*, Allyn & Bacon, Boston, 2004, pp. 207-222 (com ROSANNA E. GUADAGNO)

CORDEIRO, António Menezes – “A boa fé nos finais do séc. XX”, *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, ano 56, III, Dezembro de 1996, pp. 887-912

CSERNE, Péter, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of An Economic Approach*, Palgrave Macmillan, Nova Iorque, 2012

DAMÁSIO, António, *O Erro de Descartes*, Temas e Debates, Lisboa, 2014

DHAR, Ravi – “Consumer Preference for a No-Choice Option”, *The Journal of Consumer Research*, vol. 24, n.º 2, 1997, pp. 215-231

DIJKSTERHUIS, Ap – “The Power of the Subliminal: On Subliminal Persuasion and Other Potential Applications”, in RAN HASSIN, JAMES S. ULEMAN e JOHN A. BARGH, *The New Unconscious*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2006, pp. 77-105 (com HENK AARTS e PAMELA K. SMITH)

– “The Unconscious Consumer: Effects of Environment on Consumer Behavior”, *Journal of Consumer Psychology*, 2005, pp. 193-202 (com PAMELA K. SMITH, RICK B. VAN BAAREN e DANIËL H. J. WIGBOLDUS)

EVANS, Jonathan St. B. T. – “Dual-processing Accounts of Reasoning, Judgement and Social Cognition”, *Annual Review of Psychology*, vol. 59, 2008, pp. 255-278

FAURE, Michael G. – “Behavioural Economics in Unfair Contract Terms”, *Journal of Consumer Policy*, n.º 34, 2011, pp. 337-358 (com HANNEKE A. LUTH)

FISCHHOFF, Baruch – “Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgement under uncertainty”, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception & Performance*, vol. 1, n.º 3, 1975, pp. 288-299

FLEMMING, Stephen L. – “Overcoming status quo bias in the human brain”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 107, n.º 13, 2010, pp. 6005-6009 (com CHARLOTTE L. THOMAS e RAYMOND J. DOLAN)

FORSYTH, Donelson R. – “Self-Serving Bias”, in WILLIAM A. DARITY (Ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 7, 2.^a Edição, MacMillan Reference USA, Detroit, 2008, p. 429

FREDERICK, Shane – “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”, *Journal of Economic Literature*, vol. XL, 2002, pp. 351-401 (com GEORGE LOEWENSTEIN e TED O’DONOGHUE)

GIGERENZER, Gerd – “Heuristic Decision Making”, *Annual Review of Psychology*, n.º 62, 2011, pp. 451-482 (com WOLFGANG GAISSMAIER).

– “Why Heuristics Work?”, *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n.º 1, 2008, pp. 20-29

GOURVILLE, John T. – “Pennies-a-day: the effect of temporal re-framing on transaction evaluation”, *Journal of Consumer Research*, 1998, pp. 395-408

GREWAL, Dhruv – “The Effects of Price-Comparison Advertising on Buyers’ Perceptions of Acquisition Value, Transaction Value, and Behavioral Intentions”, *Journal of Marketing*, vol. 62, n.º 2, 1998, pp. 46-59 (com KENT B. MONROE e R. KRISHNAN)

GRISKEVICIUS, Vladas – “Fear and Loving in Las Vegas: Evolution, Emotion, and Persuasion”, *American Marketing Association*, vol. XLVI, 2009, pp. 384-395 (com NOAH J. GOLDSTEIN, CHAD R. MORTENSEN, JILL M. SUNDIE, ROBERT B. CIALDINI e DOUGLAS T. KENRICK)

HAMILTON, Ryan – “Low Prices Are Just the Beginning: Price Image in Retail Management”, *Journal of Marketing*, vol. 77, 2013, pp. 1-20 (com ALEXANDER CHERNEV)

HANSON, Jon D. – “Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation”, *New York University Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 103-217 (com DOUGLAS A. KYSAR)

– “Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of The Problem of Market Manipulation”, *Harvard Law Review*, vol. 112, 1999, pp. 1420-1569. (com DOUGLAS A. KYSAR)

HILDEBRANDT, Mireille – “The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era”, *The Modern Law Review*, n.º 73 (3), 2010, pp. 428-460 (com BERT JAAP-KOOPS)

– “Legal Protection by Design. Objections and Refutations”, 2011, disponível em https://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/43/

HOWELLS, Geraint – “The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information”, *Journal of Law and Society*, vol. 32, n.º 3, 2005, pp. 349-370

INCARDONA, Rosella – “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, *Journal of Consumer Policy*, n.º 30, 2007, pp. 21-38 (com CRISTINA PONCIBÒ)

INZLICHT, Michael – “Beyond limited resources: Self-control as the product of shifting priorities”, in KATHLEEN D. VOHS e ROY F. BAUMEISTER (Eds.), *Handbook of Self-Regulation: Research, Theory and Applications*, Third Edition, Guilford Press, Nova Iorque, 2016, pp. 165-181 (com BRANDON J. SCHMEICHEL) – “Why self-control seems (but may not be) limited”, *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 18, n.º 3, 2014, pp. 127-133 (com BRANDON J. SCHMEICHEL e C. NEIL MACRAE)

JAVOR, Andrija – “Neuromarketing and Consumer Neuroscience: contributions to neurology”, *BMC Neurology*, 2013, disponível em <http://bmcneurol.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2377-13-13> (com MONIKA KOLLER, NICK LEE, LAURA CHAMBERLAIN e GERHARD RANSMAYR)

JOLLS, Christine – “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, n.º 50, 1998, pp. 1471-1548 (com CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER) – “Debiasing Through Law”, *The Journal of Legal Studies*, vol 35(1), 2006, 199-241 (com CASS R. SUNSTEIN)

KAHNEMAN, Daniel, *Pensar, Depressa e Devagar*, Temas e Debates, Maia, 2011 – “Escolhas, valores e enquadramentos”, in DANIEL KAHNEMAN, *Pensar Depressa e Devagar*, Temas e Debates, Maia, 2011, pp. 571-590 (com AMOS TVERSKY) – “A Perspective on Judgement and Choice: Mapping Bounded Rationality”, *Am. Psychol.*, vol. 58, n.º 9, 2003, pp. 697-720

KARDES, Frank R., *Consumer Behavior*, South Western, Mason, 2011 (com MARIA L. CRONLEY e THOMAS L. KLINE)

KLEIN, Cynthia T. F. – “Perceived Control and the Optimistic Bias: A Meta-Analytic Review”, *Psychology & Health*, vol. 17, n.º 4, 2002, pp. 437-446 (com MARIE HELWEG-LARSEN)

KOROBKIN, Russel B. – “Standard Form Contracts, Bounded Rationality, and Unconscionability”, *The University of Chicago Law Review*, n.º 70, 2003, pp. 1203-1295

– “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *California Law Review*, vol. 88, n.º 4, 2000, p. 1051-1144 (com THOMAS S. ULEN)

KOTLER, Philip – “Atmospherics as a Marketing Tool”, *Journal of Retailing*, vol. 49, n.º 4, 1973-1974, pp. 48-64

LEVIN, Irwin P. – “All frames are not created equal: A Typology and Critical Analysis of Framing Effects”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 76, n.º 2, 1998, pp. 149-188 (com SANDRA L. SCHNEIDER e GARY J. GAETH)

– “How Consumers Are Affected by the Framing of Attribute Information Before and After Consuming the Product”, *Journal of Consumer Research*, vol. 15, 1998, pp. 374-378 (com GARY J. GAETH)

LEVY, Neil, *Neuroethics*, Cambridge University Press, Nova Iorque, 2007

LIZ, Jorge Pegado, – “Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação”, in *Liber Amicorum Mário Frota – A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 335-353

– “A “Lealdade” no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, 2005, pp. 17-93

LOEWENSTEIN, George – “Emotions in Economic Theory and Economic Behavior”, *American Economic Review*, vol. 90, n.º 2, 2000, pp. 426-432.

– “Out of Control: Visceral Influences on Behavior”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 65, n.º 3, 1996, pp. 272-292

LOURENÇO, Joana Sousa, *Behavioural Insights Applied to Policy: European Report 2016*, Comissão Europeia, Joint Research Centre, 2016 (com EMANUELE CIRIOLO, SARA RAFAEL ALMEIDA, e XAVIER TROUSSARD)

LUTH, Hanneke A., *Behavioural Economics in Consumer Policy*, Tese de Doutoramento, 2010, disponível em <https://repub.eur.nl/pub/19572/Proefschrift-Hanneke-A.-Luth.pdf>

MAC CRORIE, Benedita – “O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria”, in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo I – Ano de 2012, Responsabilidade e Cidadania, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, disponível em <https://www.direito.uminho.pt/pt/Publicacoes/Paginas/Ebooks.aspx>, pp. 33-45

MCFADDEN, Daniel – “Economic Choices”, *The American Economic Review*, Vol. I, No. 3, 2001, pp. 351-378

MICKLITZ, Hans-W. – “The General Clause on Unfair Practices”, in GERAINT HOWELLS, HANS-W. MICKLITZ e THOMAS WILHELMSSON, *European Fair Trading Law - The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 83-122

MILLER, George A. – “The Magical Number Seven, Plus or Minus Two. Some Limits on Our Capacity for Processing Information”, *Psychological Review*, vol. 101, n.º 2, 1955, pp. 343-352

MILLIMAN, Ronald E. – “Using Background Music to Affect the Behavior of Supermarket Shoppers”, *Journal of Marketing*, vol. 46, n.º 3, 1982, pp. 86-91

MONGIN, Philippe – “Expected Utility Theory”, in JOHN B. DAVIS, D. WADE HANDS e USKALI MAKI (Eds.), *The Handbook of Economic Methodology*, Edward Elgar, Cheltenham, 1998, pp. 171-179

MULLAINATHAN, Sendil – “Behavioral Economics”, NBER, Working Paper 7948, 2000, pp. 1-13 (com RICHARD H. THALER)

NARDO, Michela, *The Consumer Empowerment Index*, JRC Scientific and Technical Reports, Comissão Europeia, 2011 (com MASSIMO LOI, ROSSANA ROSATI e ANNA MANCA)

NICKERSON, Raymond S. – “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, *Review of General Psychology*, vol. 2, n.º 2, 1998, pp. 175-220

NORTH, Adrian C. – “The Effect of Musical Style on Restaurant Customers’ Spending”, *Environment and Behaviour*, vol. 35, n.º 5, 2003, pp. 712-718 (com AMBER SHILCOCK e DAVID J. HARGREAVES)

– “In-store music affects product choice”, *Nature*, vol. 390, 1997, p. 132 (com DAVID J. HARGREAVES e JENNIFER MCKENDRICK)

OULLIER, Olivier – “Clear up this fuzzy thinking on brain scams”, *Nature*, vol. 483, 2012, p. 7

PACKARD, Vance, *The Hidden Persuaders*, IG Publishing, Brooklyn, Nova Iorque, 1957, 1980

PASSINHAS, Sandra – “A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 13, 2017, pp. 107-211

PENN, Alan – “The complexity of the elementary interface: shopping space”, 2005, disponível em <http://spacesyntax.tudelft.nl/longpapers1.html>

PEPPET, Scott – “Freedom of Contract in an Augmented Reality: The Case of Consumer Contracts”, *University of California at Los Angeles Law Review*, n.º 59, 2012, pp. 676-745

PLASSMAN, Hilke – “Branding the brain: A critical review and outlook”, *Journal of Consumer Psychology*, n.º 2, 2012, pp. 18-36 (com THOMAS ZOËGA RAMSØY e MILICA MILOSAVLJEVIC)

POCHEPTSOVA, Anastasiya – “Deciding Without Resources: Psychological Depletion and Choice in Context”, 2007, disponível em ssrn.com (com ON AMIR, RAVI DHAR e ROY F. BAUMEISTER)

POMAR, Fernando Gómez – “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *InDret*, n.º 1, 2006, pp. 1-30

PURNHAGEN, Kai – “Can Bonus Packs Mislead Consumers? An Empirical Assessment of the ECJ’s *Mars* Judgement and its Potential Impact on EU Marketing Regulation”, Wageningen Working Papers Series in Law and Governance, 2014 (com ERICA VAN HERPEN)

PUSCHMANN, Cornelius – “Staking out the unclear ethical terrain of online social experiments”, *Internet Policy Review*, vol. 3, n.º 4, 2014, pp. 1-15 (com ENGIN BOZDAG)

RITOV, Ilana – “Protected Values and Omission Bias”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 79, n.º 2, 1999, pp. 79-94 (com JONATHAN BARON)

RODRIGUES, Hélio Tiago Rigor, *A Cláusula Geral das práticas comerciais desleais face aos consumidores*, Wolters Kluwer Portugal, 2008

ROESE, Neal J. – “Hindsight Bias”, *Perspectives on Psychological Science*, n.º 7 (5), 2012, pp. 411-426 (com KATHLEEN D. VOHS)

SAMUELSON, William – “Status Quo Bias in Decision Making”, *Journal of Risk and Uncertainty*, n.º 1, 1988, pp. 7-59 (com RICHARD ZECKHAUSER)

SCHWARTZ, Alan – “Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, pp. 630-682 (com LOUIS L. WILDE)

SIBONY, Anne-Lise – “EU Consumer Protection and Behavioural Sciences: Revolution or Reform?” in ALBERTO ALEMANNO e ANNE-LISE SIBONY (Eds.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Pub., Oxford, 2015, pp. 209-233 (com GENEVIÈVE HELLERINGER)

– “Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive”, *European Review of Private Law*, vol. 22, n.º 6, 2014, pp. 901-942

SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina, Coimbra, 2006, (reimpressão da edição de Setembro de 2003)

SIMON, Herbert A. – “Rational Choice and the Structure of the Environment”, *Psychological Review*, vol. 63, 1956, pp. 129-138.

– “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n.º 1, 1955, pp. 99-118

SIMONSON, Itamar – “Choice Based on Reasons”, *Journal of Consumer Research*, vol. 16, 1989, pp. 158-173

SLOMAN, Dilip – “The Psychology of Intertemporal Discounting: Why Are Distant Events Valued Differently from Proximal Ones?”, *Marketing Letters*, n.º 16 (3/4), 2005, pp. 347-360 (com GEORGE AINSLIE, SHANE FREDERICK, XIUPING LI, JOHN LYNCH, PAGE MOREAU, ANDREW MITCHELL, DANIEL READ, ALAN SAWYER, YAACOV TROPE, KLAUS WERTENBROCH, GAL ZAUBERMAN)

SOLOMON, Michael R., *Consumer Behavior: Buying, Having, and Being, Global Edition*, 11.ª Edição, Pearson, Harlow, 2015

STANOVITCH, Keith E., – “On the Relative Independence of Thinking Biases and Cognitive Ability”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 94, n.º 4, 2008, pp. 672-695 (com RICHARD WEST)

SUNSTEIN, Cass R. – “The Ethics of Nudging”, in ALBERTO ALEMANNINO e ANNE-LISE SIBONNY (Eds), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Pub., Oxford, 2015, pp. v-xviii

– “Deciding by Default”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n.º 1, 2013, pp. 1-57

THALER, Richard, *Nudge*, Academia do Livro, Alfragide, 2008 (com CASS R. SUNSTEIN)

– “Mental Accounting and Consumer Choice”, *Marketing Science*, vol. 27, n.º 1, 2008, pp. 15-25

– “Mental Accounting Matters”, *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 12, n.º 3, 1999, pp. 183-206

– “Gambling with the House Money and Trying to Break Even”, *Management Science*, vol. 36, n.º 6, 1990, pp. 643-660 (com ERIC J. JOHNSON)

– “Toward a Positive Theory of Consumer Choice”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, n.º 1, 1980, pp. 39-60

TOR, Avishalom – “Some Challenges Facing a Behaviorally-Informed Approach to the Directive on Unfair Commercial Practices”, in TIHAMÉR TÓTH, *Unfair Commercial Practices - The Long Road to Harmonized Law Enforcement*, Pázmány Press, Budapeste, 2014, pp. 9-19

TRZASKOWSKI, Jan – “Lawful Distortion of Consumers’ Economic Behaviour – Collateral Damage Under the Unfair Commercial Practices Directive”, *European Business Law Review*, vol. 27, n.º 1, 2016, pp. 25-49

– “The Unfair Commercial Practices Directive and Vulnerable Consumers”, Texto apresentado na 14.º Conferência da Associação Internacional de Direito do Consumo 2013, 2013, disponível em www.legalriskmanagement.com/PUBLICATIONS/2013_IACL.pdf

– “User-generated marketing – legal implications when word-of-mouth goes viral”, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 19, n.º 4, 2011, pp. 348-380

TSCHERNER, Eva Maria – “Can behavioral research advance mandatory law, information duties, standard terms and withdrawal rights?”, *Austrian Law Journal*, n.º 1, 2014, pp. 144-155

TUFEKCI, Zeynep – “Engineering the Public: Big Data, Surveillance and Computational Politics”, *First Monday*, vol. 19, n.º 7, 2014, disponível em <http://firstmonday.org/article/view/4901/4097>

TURLEY, L. W.– “Atmospheric Effects on Shopping Behavior: A Review of The Experimental Evidence”, *Journal of Business Research*, n. 49, 2000, pp. 193-211 (com RONALD E. MILLIMAN)

TVERSKY, Amos – “Context Dependent Effects”, *Management Science*, vol. 39, n.º 10, 1993, pp. 1179-1189 (com ITAMAR SIMONSON)

– “The Framing of Decisions and the Psychology of Choice”, *Science*, New Series, vol. 211, no. 4481, 1981, pp. 453-458 (com DANIEL KAHNEMAN).

– “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”, *Econometrica*, n.º 47, 1979, pp. 263-291 (com DANIEL KAHNEMAN)

– “Judgement under uncertainty: Heuristics and biases”, *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157, 1974, pp. 1124-1131 (com DANIEL KAHNEMAN)

TWIGG-FLESNER, Christian, *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive – A Report for the Department of Trade and Industry*, 2005 (com DEBORAH PARRY, GERAINT HOWELLS, ANNETTE NORDHAUSEN, HANS-W. MICKLITZ, JULES STUYCK e THOMAS WILHELMSSON)

ULMAN, Yesim Isil – “Ethical Issues in Neuromarketing: “I Consume, Therefore I Am!””, *Science and Engineering Ethics*, vol. 21, n.º 5, 2015, pp. 1271-1284 (com TUNA CAKAR e GOKCEN YILDIZ)

VAN LOO, Rory – “The Rise of the Digital Regulator”, *Duke Law Journal*, vol. 66, 2017, pp. 1266-1329

– “Helping Buyers Beware: The Need for Supervision of Big Retail”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, 2015, pp. 1311-1392

VOHS, Kathleen – “Spent Resources: Self-Regulatory Availability Affects Impulsive Buying”, *Journal of Consumer Research*, vol. 33, 2007, pp. 537-547 (com RONALD J. FABER)

WANSINK, Brian – “Slim By Design: Menu Strategies for Promoting High-Margin, Healthy Foods”, *International Journal of Hospitality Management*, n.º 42, 2014, pp. 137-143 (com KATIE LOVE)

– “An Anchoring and Adjustment Model of Purchase Quantity Decisions”, *Journal of Marketing Research*, vol. XXXV, 1998, pp. 71-81 (com ROBERT J. KENT e STEPHEN J. HOCH)

WILHELMSSON, Thomas – “Scope of the Directive”, in GERAINT HOWELLS, HANS-W. MICKLITZ e THOMAS WILHELMSSON, *European Fair Trading Law -The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 49-81

– “Misleading Practices”, in GERAINT HOWELLS, HANS-W. MICKLITZ e THOMAS WILHELMSSON, *European Fair Trading Law -The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 123-165

WILSON, Timothy D., *Strangers to Ourselves: Discovering the Adaptive Unconscious*, Belknap Harvard, Cambridge, 2002

XU, Alison Jing – “The Effect of Mind-sets on Consumer Decision Strategies”, *Journal of Consumer Research*, vol. 34, 2007, pp. 556-566 (com ROBERT S. WYER JR.)

Textos da UE

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*, Bruxelas, 2016, COM(2016) 288 final

Comissão Europeia, Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, *Orientações sobre a execução/aplicação da Directiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais*, que acompanha o documento Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma abordagem abrangente dos incentivos para cidadãos e empresas ao comércio eletrónico transfronteiriço na Europa*, Bruxelas, 2016, SWD(2016) 163 final

European Commission, Commission Staff Working Document, *On Knowledge-Enhancing Aspects of Consumer Empowerment 2012-2014*, Brussels, 2012, SWD(2012) 235 final

European Commission, Special Eurobarometer 342, *Consumer Empowerment*, Report, Conducted by TNS Opinion & Social on request of Eurostat and the Directorate-General for Health and Consumers, Bruxelas, 2011

European Commission, Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Brussels, 2009, SEC(2009), 1666 final

Comissão das Comunidades Europeias, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Directivas 84/450/CEE*,

97/7/CE, e 98/27/CE (*Directiva relativa às práticas comerciais desleais*)
(*apresentada pela Comissão*), Bruxelas, 2003, COM (2003) 356 final

Comissão das Comunidades Europeias, *Livro Verde sobre a defesa do consumidor na Europa* (*apresentado pela Comissão*), Bruxelas, 2001, COM(2001) 531 final

Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis, 2012, (2011/2272(INI))

Textos da OCDE

OECD, *Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World*, OECD Publishing, Paris, 2017

OECD, Directorate For Science, Technology and Innovation, Committee on Consumer Policy, *Use of Behavioural Insights in Consumer Policy*, 2017, DSTI/CP(2016)3/FINAL

OECD, *Protecting Consumers through Behavioural Insights – Regulating the Communications Market in Colombia*, OECD Publishing, Paris, 2016

Jurisprudência

Tribunal de Justiça

Acórdão de 6 de Julho de 1995, Processo C-470/93 (Colectânea da Jurisprudência 1995 página I-01923), Acórdão *Mars*

Acórdão de 16 de Julho 1998, Processo C-210/96 (Colectânea da Jurisprudência 1998, p. I-04657), Acórdão *Gut Springenheide*

Acórdão de 22 de Junho de 1999, Processo C-342/97 (Colectânea da Jurisprudência 1999, p. I-03819) Acórdão *Lloyd Schuhfabrik Meyer*

Acórdão de 13 de Janeiro de 2000, Processo C-220/98 (Colectânea da Jurisprudência 2000, p. I-00117), Acórdão *Estée Lauder*

Acórdão de 20 de Setembro de 2001, Processo C-383/99 (Colectânea da Jurisprudência 2001, p. I-06251), Acórdão *Procter and Gamble vs OHIM*

Acórdão de 23 de Abril de 2009, Processos apensos C-261/07 e C-299/07 (Colectânea da Jurisprudência 2009, p. I-02949), Acórdão *VTB-VAB e Galatea*

Acórdão de 19 de Setembro de 2013, Processo C-435/11 (Colectânea numérica – Colectânea Geral), Acórdão *CHS Tour Services*

Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias

Acórdão de 5 de Maio de 2009, Processo T-449/07 (Colectânea da Jurisprudência, p. II-01071), Acórdão *Rotter/IHMI*

Acórdão de 12 de Setembro de 2007, Processo T-363/04 (Colectânea da Jurisprudência, p. II-03355), Acórdão *Koipe Corp. v OHIM*

Tribunal Geral da União Europeia

Acórdão de 6 de Outubro de 2011, Processo T-508/08 (Colectânea da Jurisprudência 2011, p. II-06975), Acórdão *Bang & Olufsen A/S*

Índice

Resumo	v
Abstract	vii
I. Introdução	8
II. Considerações Gerais – a <i>Market Manipulation</i>	9
III. Racionalidade limitada	11
1. Considerações Introdutórias - A <i>Sobrecarga de Informação</i>	11
2. Atenção Selectiva – voluntária e involuntária: conceito de <i>saliência</i>	12
3. <i>Heurísticas</i>	16
3.1. <i>Heuristics and biases</i> – <i>Disponibilidade, Representatividade, Ancoragem e Ajustamento</i>	17
3.2. ROBERT B. CIALDINI e as “ <i>armas de influência</i> ”	20
4. <i>Enviesamentos</i>	24
5. <i>Teoria da Prospecção</i>	27
5.1. <i>Teorias e enviesamentos baseados na Teoria da Prospecção</i>	29
5.1.1. <i>Contabilidade mental e Utilidades de Aquisição e Transacção</i>	29
5.1.2. <i>Enviesamento status quo</i>	32
5.1.3. <i>Efeito de dotação</i>	34
5.1.4. <i>Efeito de enquadramento</i>	35
5.1.5. <i>Efeitos contextuais (efeito de atracção e efeito de compromisso)</i> ..	39
6. <i>Processos mentais inconscientes (o efeito de impulsão)</i>	40
7. <i>Factores viscerais</i>	44
IV. Força de vontade limitada (o <i>depauperamento do ego</i>)	47
V. Condicionantes	49
1. Diferenças individuais e factores situacionais	49
2. Novas tecnologias	50
2.1. <i>Digital Market Manipulation</i>	50
2.2. <i>Consumer Neuroscience e Neuromarketing</i>	53
VI. Mecanismos de protecção do consumidor	55
1. Considerações Gerais	55
2. Soluções voluntárias – Mecanismos resultantes dos mercados	58
3. Soluções legais	62
3.1. Fornecimento de informação ao consumidor	62

3.1.1. Panorama geral.....	62
3.1.2. Propostas de solução	65
3.1.3. Casos de aplicação prática do fornecimento de informação ao consumidor à luz dos <i>BI's</i>	69
3.2. Educação e formação do consumidor	72
3.3. <i>Novo paternalismo</i>	74
3.3.1. <i>Debiasing Through Law</i>	75
3.3.2. <i>Paternalismo assimétrico</i>	76
3.3.3. <i>Paternalismo libertário</i>	77
3.4. Proibições	79
3.4.1 Considerações Gerais.....	79
3.4.2. Práticas Comerciais Desleais	80
3.4.2.1. Cláusula Geral	83
3.4.2.1.1. Conceito de Diligência profissional.....	84
3.4.2.1.2. Distorção substancial do comportamento económico dos consumidores	86
3.4.2.1.3. <i>Consumidor médio</i>	89
3.4.2.1.4. <i>Consumidores particularmente vulneráveis</i> ..	92
3.4.2.2. <i>Práticas enganosas e agressivas</i>	94
VII. Conclusão	97
Bibliografia	100